Die Wahlfeststellung (§§ 2b StGB. und 267b StPO).

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Johann Wolfgang Goethe-Universität

zu Frankfurt a. M.

vorgelegt von

GERHARD KLATTE

aus Frankfurt a./Main.

1937

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

Gutachter: Prof. Dr. Wilhelm Claß

Tag der mündlichen Prüfung 22. Februar 1937

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Herrn

Univ.-Prof. Dr. ARTHUR BAUMGARTEN

in Verehrung gewidmet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552326_0096

„Gewiß ist zu bedauern, wenn ein Schuldiger wegen Feststellungsschwierigkeiten der Strafe entgeht, schlimmer aber wird das Staatsansehen durch problematische Urteile geschädigt. Daher sind sie gerade im Interesse des autoritären Prinzips fernzuhalten. Hüten wir uns, in einen Fanatismus der Bestrafung um jeden Preis zu verfallen".

Oetker in Gerichtssaal Bd. 106 S. 405.

INHALTS-VERZEICHNIS.

Vorwort . . . . . 1— 4

Teil I (Vorbereitender Teil):

Das Problem der Wahlfeststellung, seine prozessuale und materielle Seite . . . . . 4—13

Teil II (Hauptteil):

Die Wahlfeststellung nach geltendem Recht (nebst rechtspolitischen Erwägungen) . . . . . 14—81

A: Abgrenzung der Zulässigkeit von Wahlfeststellungen im verurteilenden Straferkenntnis . . . 14—59

Vorbemerkung: Die Wahlfeststellung als Notbehelf (der subsidiäre Charakter des § 2 b) 14

I. Die Voraussetzungen des Strafgesetzbuches für die Wahlfeststellung . . . . . 14—28

1. Vorliegen eines echten Alternativverhältnisses (Ausschließungsverhältnis des Entweder/Oder) . . . . . 14—28
Ausscheidung der Fälle von scheinbarer Alternativität (Plus-Minus-Alternativen).

a) Klare Fälle . . . . . 15—19

b) Zweifelhafte Fälle . . . . . 19—28

aa) Vorsatz/Fahrlässigkeit . . . . . 20—28

bb) Täterschaft/Teilnahme 28

2. Vom Gesetz nicht getroffene Fälle. Wahlfeststellung bei eindeutigem Feststehen der verletzten Gesetzesbestimmung 28

II. Die Voraussetzungen der Strafprozeßordnung für die Wahlfeststellung . . . . . 29—59

1. Unmöglichkeit eindeutiger Tatfeststellung . . . 29

2. Wahrung der sich aus § 264 StPO. ergebenden Grenzen. Die „Identität der Tat" als Schranke der Zulässigkeit von Wahlfeststellungen im Strafverfahren. — Vorzüge dieser Lösung gegenüber einer unumschränkten Zulässigkeit von Wahlfeststellungen (mit eingehenden rechtspolitischen Erwägungen) . . . . . 29—59

B: Behandlung von Einzelfragen, die sich bei der Verwendung der Wahlfeststellung auf Grund von § 2 b ergeben 59—81

I. Materiellrechtliche Fragen . . . . 59—74

1. Die Bestrafung aus dem „mildesten Gesetz" 59—67
   a) Die Ermittlung des mildesten Gesetzes . . 59—64
   b) Nebenstrafen und Nebenfolgen . . 64—67

2. Die Fiktion der eindeutigen Verurteilung (§ 267 b StPO.) . . . . . 67—74
   (Die Frage des Rückfalls, des Strafregisters, der Amnestie und ähnliche Fragen, die sich auf Grund der eindeutigen Urteilsformel ergeben).

II. Prozeßrechtliche Fragen . . . . . 74—81
(Durchführung der Wahlfeststellung nach geltendem Verfahrensrecht).

1. Wahldeutige Anklage und wahldeutiger Eröffnungsbeschluß . . . . . 74—75

2. Zuständigkeit und andere Prozeßvoraussetzungen . 75—77

3. Abstimmung . . . . . 77—79

4. Urteilstenor (mit rechtspolitischen Erwägungen) . . . . . 79—81

5. Rechtsmittel 81

LITERATUR-VERZEICHNIS

Anker, Hans Theodor: „Die alternative Feststellung durch den Strafrichter". 1934.

Bar, L. v.: „Recht und Beweis im Geschworenengericht". 1865.

Beling, Ernst: „Deutsches Reichsstrafprozeßrecht". 1928.

Bennecke-Beling: „Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts". 1900.

Binding, Karl: „Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen", Bd. II. 1915.

Bruns, Hans J.: „Die Bestrafung aus dem mildesten Gesetz bei wahldeutiger Tatfeststellung" (§ 2 b StGB.) in Dt. Strafr. 1936, S. 277 ff.

Dalcke, P.: „Strafrecht und Strafprozeß". 1936.

Dassel, v.: „Wahlweise Tatsachenfeststellung im Strafrecht". 1923.

Dohna, Alexander Graf zu: „Das alternative Strafurteil". In ZStW. 1935, S. 576 ff.

Dünhaupt, Heinz W.: „Die alternative Entscheidung im Strafprozeß." 1935.

Ehrhardt, Wolfgang: „Verurteilung auf Grund wahlweiser Tatsachenfeststellungen". 1934.

Frank, Reinhard: „Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich". 1931.

Gerland, Heinrich: „Der deutsche Strafprozeß". 1927.

— Besprechung von Nüse: Alternativ-Schuldfeststellungen in ZStW. 1934, S. 314 ff.

Gehrig, Gerhard: „Die Wahlfeststellung des Sachverhalts im Deutschen und Österreichischen Strafprozeß". 1934.

Grünhut: „Alternative Tatsachenfeststellung im Strafprozeß". Mo. Schri. Krim. Psych. 1934, S. 327 ff.

— „Begriffsbildung und Rechtsanwendung in Strafrecht". 1926.

Gürtner, Franz: „Das kommende deutsche Strafrecht". Bericht über die Arbeit der amtl. Strafrechtskommission. 1935. Allg. u. bes. Teil.

Hubernagel, G.: „Das Alternativ-Strafurteil als Doppelwirkung" in D. Str. R. 1, S. 329 ff.

Kohlrausch, Ed.: „Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz". 1936.

— „Strafgesetzbuch". 1936.

Keetsin-Liu: „Der Begriff der Identität der Tat im geltenden deutschen Strafprozeßrecht". 1927.

Kries, August v.: „Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts". 1892.

Lehmann, Rudolf: „Die Strafprozeßnovelle vom 28. Juni 1935" in DJ. 1935, S. 999 ff.

— „Die Strafprozeßnovelle vom 28. Juni 1935" in JW. 1935, S. 2727 ff.

Lobe, Adolf: „Alternative Tatbestände" in GS. 1934, S. 161 ff.

Löwe-Hellwig-Rosenberg: „Die Strafprozeßordnung". 1934 und „Ergänzungsband". 1936.

Mannheim, Hermann: „Zur wahldeutigen Tatsachenfeststellung" in ZStW. 1924, S. 440 ff.

Mayer, Hellmuth: Besprechung von RG. 1 D 1096/33 in JW. 1934, S. 294 ff.

Niethammer: „Zulässigkeit der Verurteilung wegen Diebstahles oder Hehlerei" in DRZ. 1934, S. 67 ff.

Nüse, Karl-Heinz: „Das Problem der Zulässigkeit von Alternativ-Schuldfeststellungen im Strafprozeß" in Strafrechtl. Abh. H. 324. 1933.

— „Die Zulässigkeit von alternativen Anklagen und alternativen Schuldfeststellungen" in DJ. 1934, S. 185 ff.

— „Die Zulässigkeit von Alternativ-Schuldfeststellungen im Strafprozeßrecht" in JW. 1934, S. 463 ff.

Oetker, Friedrich: „Alternative Schuldfeststellungen". In GS. 1935, S. 401 ff.

Olshausen, J. v.: „Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich". Bd. 1 und 2, 1927, sowie Ergänzungsband. 1936.
Oster, C.: „Der Umfang der Rechtskraft im Strafprozeß". 1912.
Ostern, Adolf: „Die Alternativität bei strafprozessualen Willenserklärungen". In Strafr. Abh. H. 44, 1902.
Rosenfeld: „Deutsches Strafprozeßrecht". 1926.
Rumpf, Max: „Der Strafrichter", Bd. II, 1913.
Sauer: „Grundlagen des Prozeßrechts". 1919.
Schäfer, Ernst u. v. Donanyi: „Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931—1935, 1936". (= „Frank Nachtrag").
Schäfer, Karl: „Das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 28. Juni 1936" in JW. 1935, S. 2323 ff.
Schäfer, Leopold: „Die Einzelheiten der Strafgesetznovelle vom 28. Juni 1935" in DJ. 1935, S. 994 ff.
Schaffstein, Friedrich: Besprechung von RG. 1 D 1096/33 in JW. 1934, S. 2049 ff.
— Besprechung von RG. 1 D 671/35 in JW. 1936, S. 195 f.
— „Die Zulässigkeit der alternativen Tatbestandsfeststellung im Strafprozeßrecht" in JW. 1934, S. 531 ff.
Schwabe, Benno: „Die Zulässigkeit alternativer Feststellung im Urteil des Strafrichters". 1934.
Schwarz, Otto: „Strafprozeßordnung 1935".
— „Der neue Strafprozeß auf Grund des Gesetzes vom 28. Juni 1935" in DJZ. 1935, Sp. 925 ff.
— „Die Strafrechtsnovellen vom 28. Juni 1935" in GS. 1935, S. 243 ff.
Schwarz, Friedrich: „Wahlfeststellungen im Strafverfahren nach geltendem und kommendem Recht". 1936.
Schwinge, Erich: „Identität der Tat im Sinne der Strafprozeßordnung" in ZStW. 1932 S. 203 ff.
Sturm, Friedrich: „Der begriffliche Unterschied der Schuldarten" in ZStW. 1934, S. 29 ff.
Wickede, Manfred v.: „Alternative Feststellungen im Strafprozeß" 1932.
Zaum, Hermann: „Die Zulässigkeit einer Verurteilung auf Grund alternativer Tatsachenfeststellungen". 1930.
Zeiler, A.: „Die alternative Tatsachenfeststellung durch den Strafrichter" in DRZ. 1914, Sp. 521 ff.
— „Verurteilung auf Grund wahldeutiger Tatsachenfeststellung" in ZStW. 1919, S. 168 ff.
— „Verurteilung auf Grund wahldeutiger Tatsachenfeststellung" in ZStW. 1921, S. 665 ff.
— „Noch einmal die Verurteilung auf Grund wahldeutiger Tatsachenfeststellung" in ZStW. 1922, S. 596.
— „Wahrhaftigkeit oder Eindrucksgewalt des Strafurteils" in Mo. Schri. Krim. Psych. 1934 S. 417 ff.
— „Strafurteile auf wahldeutiger Grundlage" in Deutsche Justiz 1934 S. 901 ff.
— „Die Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage" in Deutsche Justiz 1936 S. 639 ff.

VORWORT.

Das gesetzte Recht ist nur die besondere Ausdrucksform für den rechtschaffenden Willen der Gesamtheit der Volksgenossen, aber eine Ausdrucksform, die diesen Willen maßgeblich kundgibt und ihm allgemeine Geltung verleiht[1]).

Ändert sich die Rechtsüberzeugung eines Volkes, so entsteht daraus eine immer unerträglicher werdende Spannung zwischen dem geltenden Recht und dem Rechtsbewußtsein der Rechtsuntertanen. Eine Änderung des Gesetzes wird notwendig, damit es mit dem Rechtsempfinden des Volkes wieder in Einklang stehe und „der Geist der Zeit sich im Geiste des Gesetzes wiederfinde“ [1]). Daher nahm die Reichsregierung nach der Machtübernahme durch den Nationalsozialismus alsbald die Änderung des Gesetzes in Angriff und wir sehen seitdem die Gesetzgebung auf allen Gebieten des Rechtes bemüht, das gesetzte Recht mit den neuen Anschauungen in Einklang zu bringen.

Wenn hierbei das Strafrecht eine hervorragende Rolle spielt, so erklärt sich das daraus, daß auf diesem Rechtsgebiet der Zusammenhang des Rechtes mit weltanschaulicher und sittlicher Grundauffassung ein besonders naher ist.

Damit die alsbald nach der Revolution angekündigte und emsig in Angriff genommene Reform unseres gesamten Straf- und Strafverfahrensrechts in Ruhe reifen kann, hat die Reichsregierung zunächst überall da, wo eine Änderung des Strafrechts dringend geboten war, den Weg der Novellengesetzgebung beschritten. Die einschneidensten Änderungen brachten die beiden Novellen vom 28. Juni 1935[2]) mit sich, mit denen ein nicht unwichtiges Stück der großen Strafrechtsreform vorweg genommen wurde.

Das grundsätzlich Neue liegt vor allem in dem ersten Artikel der Strafgesetznovelle, dem neuen § 2 des Strafgesetzbuches, der einen der tragenden Grundgedanken unseres künftigen Strafrechts verwirklicht: Grundlage der Bestrafung ist anders als bisher nicht mehr ausschließlich die Verletzung des gesetzten Rechts, sondern darüber hinaus auch die Zuwiderhandlung gegen den in einem Strafgesetz zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedanken, wenn das gesunde Volksempfinden Bestrafung erheischt. Damit ist an die Stelle der mehr formellen Unrechtsauffassung des bisher geltenden Rechts eine materielle Unrechtsauffassung getreten. Der Gedanke der Überordnung der materiellen Gerechtigkeit über die formale Gerechtigkeit hat seine Verwirklichung gefunden.

Zu den Vorschriften, die wie der neue § 2 StGB. nebst den §§ 170a und 267a StPO. eine Teilvorwegnahme der künftigen Gesamtreform enthalten, gehört weiterhin auch die mit § 2 in einem gewissen Zusammenhang stehende Bestimmung des neu geschaffenen § 2b StGB. nebst der des § 267b

1) Vergl. Lobe in GS. 104, 162
2) RGBl. I, 839; I, 844.

StPO., welche die Wahlfeststellung allgemein für zulässig erklären. Auch die in ihnen enthaltene Regelung soll der materiellen Gerechtigkeit dienen. Denn die Zulassung der Wahlfeststellung bezweckt in erster Linie, ungerechte Freisprüche zu verhüten, die bisher in gewissen, nicht selten vorkommenden Fällen nach der herrschenden, insbesondere auch von unserem höchsten Gerichtshof vertretenen Rechtsanschauungen unvermeidbar waren.

Es handelt sich auch hierbei um eine grundlegende gesetzliche Neuerung. Allerdings wurde die Frage, ob und in welchen Grenzen es dem Richter gestattet sei, den Angeklagten auf Grund von wahlweisen Feststellungen zu verurteilen, von jeher im Schrifttum erörtert. Hier ist vor allem der grundlegenden Arbeiten von Rumpf[3]) und Zeiler[4]) zu gedenken, die als erste die Frage nach der Zulässigkeit einer Verurteilung auf Grund wahlweiser Feststellungen in ihrer grundsätzlichen Bedeutung und in vollem Umfange erkannt und in ihrer ganzen Tragweite aufgerollt und behandelt haben. Bereits in den Jahren 1913/14 sind Rumpf und Zeiler in ihren wohl durchdachten Ausführungen zu dem Ergebnis gekommen, daß schon nach damals geltendem Recht eine Verurteilung auf Grund wahlweiser Feststellungen unbeschränkt (Zeiler) oder nahezu unbeschränkt (Rumpf) zulässig sei. Allein ihre Bemühungen, den Gesetzgeber zu einer dementsprechenden ausdrücklichen Regelung der Frage zu gewinnen, blieben ohne Erfolg. Bewußt schob der Gesetzgeber die Frage als zu einer Regelung nicht reif immer wieder bei Seite und überließ ihre Lösung nach wie vor der Rechtsprechung.

Man wird wohl schwerlich behaupten können, daß die Rechtssprechung, insbesondere das Reichsgericht, die vom Gesetz bewußt gelassene Lücke[5]) in einer den praktischen Bedürfnissen der Strafrechtspflege entgegenkommenden Weise ausgefüllt hätte und damit seiner in diesem Fall rechtsschöpferischen Aufgabe gerecht geworden wäre.

Die Arbeiten von Zeiler und Rumpf wurden im maßgebenden Schrifttum kaum beachtet, geschweige denn, daß sie vermocht hätten, die Rechtsprechung zu befruchten. Nach wie vor ließ das Reichsgericht eine Verurteilung auf Grund wahlweiser Feststellungen nur in einem sehr eng begrenzten Rahmen zu, und erachtete eine Wahlfeststellung nur dann für statthaft, „wenn es sich einmal lediglich um verschiedene Ausführungsarten ein und desselben Deliktes handelt, welche einen verschiedenen Tatbestand desselben nicht bedingen, und sodann, wenn das Gesetz selbst diese mehreren Arten als gleichwertig nebeneinander stellt" (RG. 23, 47). Die Grenze liege „in der Identität der Tat und des Tatbestandes" (RG. 3, 93). An diesem Standpunkt hat das Reichsgericht zum Schaden der Strafrechtspflege Jahrzehnte lang festgehalten. Die Folge war, daß der Richter in den häufigen Fällen, wo er zwar dessen sicher war, daß einer von mehreren strafbaren Tatbeständen vorliegt, sich aber von keinem einzelnen voll überzeugen konnte, in ein böses Dilemma geriet. Denn es blieb ihm

3) „Der Strafrichter" Bd. II, 1913, S. 213 ff.

4) in DRZ. 1914, Sp. 521 ff. und 596 ff., zuletzt in Dt. Justiz 1934, S. 901 ff.

5) Vgl. Hahn, Mat. zur StPO. S. 223.

dann keine andere Möglichkeit, als zwischen einem unbefriedigenden Freispruch und einer unaufrichtigen Verdachtsstrafe die Wahl zu treffen. Die Praxis ging nun m. E. nicht den Weg des kleineren Übels: anstatt sich für ein aufrichtiges non liquet zu entscheiden und den Angeklagten freizusprechen, ließen sich die Gerichte regelmäßig dazu verleiten, eindeutige, aber gezwungene, das Beweisergebnis vergewaltigende Feststellungen zu treffen und so den Täter mit einer unaufrichtigen Verdachtsstrafe zu belegen. Man scheute sich nicht, Urteile zu erlassen, deren Begründungen, mehr oder weniger gut verhüllt, den „Stempel der Denkwidrigkeit und Unwahrhaftigkeit auf der Stirne trugen“ [6]). Offenbar war man sich dessen gar nicht so recht bewußt. Denn wie hätte sonst die Meinung [6]) aufkommen können, daß die Praxis sich ganz gut mit dem Problem der Wahlfeststellung abgefunden hätte! Das unwahrhaftige Verhalten der Richter in der Praxis trägt somit daran Schuld, daß der Gesetzgeber es für läßlich hielt, selbst Hand anzulegen. Hinzu kommt, daß die Forderungen derer, die sich für eine allgemeine Zulassung von wahlweisen Feststellungen im Strafurteil einsetzten, viel zu weit gingen und daher praktisch unannehmbar erscheinen mußten. Neben Zeiler sind hier noch seine Anhänger v. Dassel und Nüse zu nennen, die nicht einmal den § 264 StPO. als Schranke der Zulässigkeit für Wahlfeststellungen gelten lassen wollten.

Nur so konnte es kommen, daß auch die Rechtsprechung die neue Lehre, die eine allgemeine Zulassung der Wahlfeststellung bereits auf dem Boden des geltenden Rechts predigte, nicht hören wollte.

Der Bann wurde erst gebrochen, nachdem drei so hoch angesehene Mitglieder des Reichsgerichts wie Reichsgerichtsrat Wachinger, Reichsanwalt Schneidewien und Oberreichsanwalt a. D. Prof. Ebermayer in kleinen literarischen Beiträgen (abgedruckt bei Nüse S. 69 ff.) in maßvoller Weise zu dem Problem der Wahlfeststellung kurz Stellung genommen und hierbei einen Standpunkt vertreten hatten, der durchaus den Bedürfnissen der Strafrechtspflege Rechnung trägt. — Allerdings konnte sich das Reichsgericht auch jetzt nicht dazu entschließen, ganz allgemein „innerhalb der dem § 264 StPO. zu entnehmenden Grenzen für die Umgestaltung der Strafklage eine Verurteilung auf Grund wahldeutiger Feststellungen für zulässig“ zu erachten, wie es die genannten Mitglieder des Reichsgerichts gefordert hatten. Immerhin ließ das Reichsgericht in der Plenarentscheidung vom 2. 5. 1934 unter Aufrechterhaltung seiner bisherigen Rechtsprechung für den praktisch weitaus wichtigsten Fall — (Alternative von Diebstahl und Hehlerei) [7]) — eine Ausnahme im Sinne der Zulassung von wahlweisen Tatbestandsfeststellungen zu, womit endlich eine Bresche in die Geschlossenheit der bisherigen Rechtsprechung gelegt war.

Andererseits hatte die Plenarentscheidung, soweit sie an der bisherigen Rechtsprechung festhielt, den Gegnern der Wahlfeststellung neuen Rückhalt verschafft, während auf der anderen Seite die siegreich im Vormarsch begriffene “antipositivistische Richtung“ unter Führung von Schaffstein [8])

6) Siehe hierzu Zeiler, Geleitwort bei Nüse.

7) Zeiler meint, daß etwa die Hälfte aller Fälle der Wahlfeststellung sich auf diese Alternative erstrecke. Siehe ZStW. 1922, 596 ff.

8) in JW. 34/531 f., s. a. JW. 34/2049 f.

gebieterisch die Anerkennung und Ausfüllung der hier klaffenden Gesetzeslücke im Sinne einer allgemeinen Zulassung von wahlweisen Feststellungen verlangte.

Daraus ist wohl zu erklären, daß der Gesetzgeber mit der gesetzlichen Lösung der Frage nicht mehr bis zum Abschluß der Gesamtreform wartete, sondern ihre Regelung, nachdem im Anschluß an die Plenarentscheidung vom 2. 5. 1934 und dem versehentlich in der JW. 1934 S. 294 veröffentlichten Urteilsentwurf des Reichsgerichts nochmals alle Argumente für und wider die Zulassung von Wahlfeststellungen erörtert worden waren [9]), nunmehr selbst in die Hand nahm:

Der durch die Strafgesetznovelle geschaffene neue § 2b des StGB. bestimmt, daß der Täter, wenn feststeht, daß er gegen eines von mehreren Gesetzen verstoßen hat, eine Feststellung aber nur wahlweise möglich ist, aus dem mildesten Gesetz bestraft werden muß; der durch die Strafgesetznovelle geschaffene neue § 267b der StPO. soll nur der prozessualen Durchführung dieser Vorschrift dienen.

Zweck der vorliegenden Arbeit soll sein, die Frage der Zulässigkeit von wahlweisen Feststellungen im Strafurteil in ihrer theoretischen und praktischen Bedeutsamkeit aufzuzeigen. Vor allem aber soll die Tragweite der nunmehr getroffenen gesetzlichen Regelung klar gestellt und es sollen nach allen Seiten hin die Grenzen abgesteckt werden, innerhalb deren jetzt Verurteilungen auf Grund wahlweiser Feststellungen zulässig sind. Sodann gilt es, eine Reihe von materiellrechtlichen und prozeßrechtlichen Einzelfragen zu behandeln, die sich auf Grund der nunmehr zugelassenen Wahlfeststellung leicht ergeben können. Auch eine kritische Würdigung der gesetzlichen Regelung darf in einer Arbeit über die Wahlfeststellung nicht unterbleiben. Daher sollen in den folgenden Ausführungen an gegebener Stelle auch einige rechtspolitische Erwägungen ihren Platz finden [10]).

TEIL I (vorbereitender Teil).

Das Problem der Wahlfeststellung, seine prozessuale und materielle Seite.

Der Strafprozeß ist das Mittel zur Durchsetzung des materiellen Strafrechts. Er soll nach Möglichkeit jeden, der sich eines mit Strafe bedrohten

9) Für Zulassung der Wahlfeststellung über die vom Reichsgericht gesetzten Grenzen: Schaffstein JW. 1934, 2049 ff., derselbe in JW. 1934, 531 f. ferner: Nüse in JW. 1934, 463 ff.; Dünhaupt S. 52; Erhardt S. 54.

Dagegen: Hellmuth Mayer in JW. 1934, 294 ff.; Lobe in GS. 104 S. 161 ff.; Gerland in ZStW. 54, S. 314 ff.

10) Die Arbeit sollte ursprünglich auch einen besonderen geschichtlichen Teil enthalten. Nachdem jedoch inzwischen die Abhandlung von Friedrich Schwarz: „Wahlfeststellung im Strafverfahren nach geltendem und kommendem Recht" erschienen ist, glaubte ich, auf eine nochmalige Darstellung der geschichtlichen Entwicklung verzichten und den Leser auf die vollständige Darstellung bei Schwarz (S. 14 bis Seite 40) verweisen zu dürfen.

Bruchs der Rechtsordnung schuldig gemacht hat, zur Strafe ziehen [1]). In der Strafverhängung allein erschöpft sich jedoch nicht die dem Strafverfahren obliegende Aufgabe. Ebenso wichtig wie die Auswerfung der Strafe ist die Schuldigsprechung des Angeklagten, die Feststellung, welche Straftat der Angeklagte schuldhaft begangen hat. Binding [2]) erblickt darin sogar die „Hauptaufgabe des Strafprozesses". Und das mit Recht. Denn die Feststellung der begangenen Missetat hat keineswegs nur die Bedeutung einer Feststellung des Titels für den Strafausspruch. Der Schuldspruch erst gibt dem Urteil seine sittliche Eindruckskraft und macht es gleichsam zu einem „moralischen Wegeweiser" [3]). Anders als die Tatbestandsfeststellung im Zivilurteil ist die Feststellung des begangenen Verbrechens im verurteilenden Straferkenntnis eine für sich allein bestehende und erhebliche Feststellung. Sie bildet als solche einen selbständigen mit Rechtskraftwirkung ausgestatteten Bestandteil der richterlichen Entscheidung, ist also nicht nur Grund der Rechtsfolge wie die Tatbestandsfeststellung im Zivilurteil [4]).

Der Strafprozeß ist indessen nicht lediglich das Mittel zur Durchsetzung des materiellen Strafrechts.

Dem Interesse der Allgemeinheit an möglichst vollkommener Durchsetzung der Strafrechtsordnung steht gegenüber das Bedürfnis des Einzelnen nach Schutz und Sicherheit seiner persönlichen Freiheit. Diesem Schutzbedürfnis des Einzelnen hat unsere, in liberaler Rechtsauffassung wurzelnde Strafprozeßordnung in weitem Maße Rechnung getragen. Eine Reihe von Vorschriften zeugt von der Sorge des Gesetzgebers, daß nicht zufolge einseitiger Verfolgung des Rechtsverwirklichungsinteresse das Schutzbedürfnis des Angeklagten Not leide. So gesehen, ist unser Strafprozeß zugleich auch Garantieverfahren und soll in dieser Eigenschaft verhindern, daß eine Strafe zu Unrecht erlassen wird [5]) [6]).

---

1) RG. in JW. 34, 299.
2) Abhandlungen II, 308.
3) Hellmuth Mayer in JW. 34, 297.
4) Vergl. Hellmuth Mayer in JW. 34, 297.
5) Vgl. Gerland in ZStW. 54, 316.
6) Der Ausgleich der widerstreitenden Interessen, des Schutzinteresses des Einzelnen auf der einen u. des Rechtsverwirklichungsinteresses der Allgemeinheit auf der anderen Seite wird sich allerdings im kommenden Verfahrensrecht nach anderen Grundsätzen vollziehen, als dies in der geltenden Strafprozeßordnung geschehen ist, die „zur Erreichung eines möglichst zuverlässigen Schutzes der persönlichen Freiheit vor richterlicher Willkür den Richter in weitem Umfange durch gesetzliche Bestimmungen eingeengt und an das Gesetz gebunden hat". (RG. in JW. 34, 299). Dessen ungeachtet wird auch der künftige Strafprozeß zugleich Garantieverfahren sein müssen. Denn nicht zuletzt hat auch die Gesamtheit der Rechtsgenossen ein erhebliches Interesse daran, daß keiner ihrer Mitglieder zu Unrecht verurteilt wird. Ja, es trifft die Verurteilung eines Unschuldigen im Grunde die Volksgemeinschaft noch schwerer als den Verurteilten selbst! Die ungerechtfertigte Verurteilung schädigt die Staatsautorität weit mehr, als eine unverdiente Freisprechung. Wie überall, so besteht augenblicklich auch hier die Gefahr, daß im Kampfe gegen die liberale Rechtsauffassung das „Kind mit dem Bade" ausgeschüttet wird. Es kann Oetker nur beigepflichtet werden, wenn er vor „Übertreibungen", wie sie neuerdings auch auf verfahrensrechtlichem Gebiete hervortreten, ernstlich warnt. (GS. 106 S. 314 f.).

Zu den Vorschriften, die diesem Zweck dienen, gehören insbesondere auch die des § 267 Abs. I und Abs. III S. 1 StPO.: Eine Verurteilung des Angeklagten erfordert vom Richter eine tatsächliche und rechtliche Bestimmung der Tat in den Urteilsgründen. Der Richter soll vor sich selbst, den am Verfahren Beteiligten und den ihm übergeordneten Berufungs- und Revisionsgerichten klarlegen, welche Tatsachen er für erwiesen erachtet, in welchen Tatsachen er die gesetzlichen Merkmale der von ihm in Betracht gezogenen strafbaren Handlung erblickt und welches Strafgesetz, d. h. welchen Paragraphen des Strafgesetzbuches oder eines anderen Strafvorschriften enthaltenden Gesetzes er zur Anwendung gebracht hat[7]). Es wird also vom Richter, der dadurch vor allem „vor gefühlsmäßiger Entscheidung bewahrt und zu einem logischen Aufbau des Urteils angehalten" werden soll[7]), nichts weniger verlangt, als daß er mit den Mitteln der Tatsachenfeststellung und der rechtlichen Würdigung (der Subsumtion) die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat möglichst individuell umschreibt, sodaß die Urteilsgründe ein bestimmt umrissenes Tatbild aufweisen. Die Feststellung eines klaren, der Wirklichkeit entsprechenden Sachverhalts ist sonach die erste Voraussetzung eines jeden verurteilenden Straferkenntnisses. Dem Richter ist daher auch vom Gesetz in § 155 Abs. II StPO. „die Erforschung des wahren Sachverhalts" ausdrücklich zur Pflicht gemacht.

Es versteht sich, daß der Richter bei der Aufklärung und Beurteilung von Geschehnissen wie jeder andere durch die allgemeinen Grenzen der menschlichen Erkenntnis gebunden ist. Die Unzulänglichkeit des menschlichen Erkenntnisvermögens macht sich gerade bei der Aufklärung strafrechtlicher Sachverhalte besonders bemerkbar, wobei der Richter von Schritt zu Schritt auf persönliche Eindrücke angewiesen ist und das Tatbild nicht einfach mittels Sinneswahrnehmungen gleichsam wie eine photographische Platte auffangen kann.

Ist aber zufolge der oft unterschätzten[8]) Begrenztheit der richterlichen Erkenntnisfähigkeit die Aufklärbarkeit eines strafrechtlichen Sachverhalts an nahe Grenzen gebunden und restlose Aufklärung überhaupt nur in den seltensten Fällen zu erreichen, so folgt daraus, daß man an die Bestimmtheit der vom Richter im Urteil zu treffenden tatsächlichen Feststellungen keine allzu große Anforderungen stellen darf.

Die Frage aber bleibt, welches Maß von Unbestimmtheit die Feststellungen im Urteil aufweisen dürfen, damit sie noch als Begründung einer so schwer wiegenden Entscheidung, wie die Verurteilung eines Menschen, dienen können.

Jede Feststellung im Urteil ist schon der Sprache halber stets und notwendig in gewissem Maße unbestimmt. Mit Recht sagt daher Bar[9]), daß eine wirkliche Beschreibung eines Faktums niemals völlige Genauigkeit gewähren kann. Welches Maß an Genauigkeit der Feststellungen im Urteil zu verlangen ist, läßt sich nicht allgemein angeben. Und das ist auch nicht

---

7) Vergl. RG. in JW. 34, 299.

8) Es hängt dies damit zusammen, daß man fast allgemein der Rechtsauslegung gegenüber der Tatsachenforschung den Vorrang gab. Vgl. hierzu Rumpf I, 89 ff.; II, 10.

9) „Recht und Beweis" Seite 202.

unsere Aufgabe. Denn unsere Untersuchungen haben nicht allgemein die unbestimmte Feststellung im Urteil zum Gegenstand, sondern lediglich die alternative Feststellung, (auch „wahlweise" oder „wahldeutige" Feststellung genannt, die eine besondere Unterart der unbestimmten Feststellungen bildet[10].)

Alternative Feststellungen sind solche, welche die Wahl zwischen mehreren einander sich ausschließenden Möglichkeiten offen lassen.

Der Ausdruck „alternativ" könnte leicht zu der Annahme verführen, es dürften immer bloß zwei Möglichkeiten vorliegen[11]). Allein das Wort „Alternativität" bezeichnet nach heutigem, seinem Ursprung — (der Zahlbedeutung) — entfremdeten Sprachgebrauch ganz allgemein das Verhältnis, daß von mehreren (nicht notwendig zwei) Momenten eines sei[12]).

Die Frage, die wir uns stellen und zu deren Lösung wir beitragen wollen, ist nun die: Darf — und in welchen Grenzen — der Richter derart alternativ unbestimmte Feststellungen im Strafurteil treffen und hierauf eine Verurteilung des Angeklagten gründen? Darin liegt zunächst das für uns entscheidende Problem, das eigentliche Problem der Wahlfeststellung[13]).

Es kann wohl kein Zweifel daran sein, daß es sich hierbei um eine rein praktisch prozessuale Frage handelt, die somit dem Verfahrensrecht angehört[14]). Der Grundsatz möglichst bestimmter Feststellungen im verurteilenden Straferkenntnis beruht lediglich auf prozessualen Erwägungen: Er entspringt dem Verlangen nach Sicherheit und Gewißheit der Feststellung,

---

10) Darauf, daß die alternative Feststellung lediglich eine Unterart der unbestimmten Feststellungen ist, hat insbesondere von Kries S. 590 hingewiesen.

11) Dieser Verführung ist z. B. Ehrhardt S. 5 unterlegen.

12) Ostern S. 3, Note 3.

13) Es handelt sich nicht etwa auch darum, ob der befehlende Teil des Urteils, der Strafausspruch eine Wahl lassen dürfte zwischen dieser oder jener Strafe als Rechtsfolge dessen, was der Angeklagte getan oder unterlassen hat. Dieser Teil des Urteils, also alles das, was das verurteilende Straferkenntnis an Rechtszwang und überhaupt an Rechtsfolgen anordnet, muß eindeutig bestimmt sein. Eine Verurteilung des Angeklagten zum Tode oder x Jahren Zuchthaus, zu x Jahren Zuchthaus oder y Jahren Gefängnis, zu 1 oder 2 Jahren Gefängnis usw. wäre jedenfalls ungesetzlich. Eine solche Verurteilung würde sichtlich dem Zwecke jedes rechtskräftigen verurteilenden Straferkenntnisses zuwiderlaufen, der darin besteht, eine sichere und brauchbare Grundlage für die Strafvollstreckung abzugeben. Urteile, die auf die eine oder andere Strafe alternativ erkennen würden, könnten nicht eher vollstreckt werden, als bis eine spätere Anordnung das alternative Erkenntnis in ein eindeutig bestimmtes umgewandelt hätte. Unsere Rechtsordnung hat jedoch keine Stelle vorgesehen, die berechtigt wäre, derart nach Erlaß des Urteils auf dessen Inhalt einzuwirken und damit nachträglich jene notwendige Umwandlung vorzunehmen. In diesem Sinne vor allem Ostern, S. 7; vgl. ferner Rumpf II, 136; Ehrhardt, S. 7; v. Dassel § 8. Die Verurteilung im engeren Sinn, die Strafverhängung muß also eindeutig bestimmt sein. Es ist daher wenig empfehlenswert statt von „Verurteilung auf Grund wahlweiser Feststellungen" einfach von „alternativer Verurteilung" zu sprechen, wie es verschiedentlich im Schrifttum geschehen ist.

14) Vergl. RG. in JW. 34, 2053. Die Entscheidung — Zulassung der Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und Hehlerei — wird von den Ver. Sen.

auf welche hin der schwerwiegendste Eingriff des Staates in das Leben des Einzelnen, die Strafe, gegründet werden soll [15]).

Die Zulassung von alternativen Feststellungen im Strafurteil bedeutet daher jedenfalls zunächst die Ausfüllung einer Lücke [16]) in unserem Verfahrensrecht [17]). Darum fanden wir auch bisher die Frage der Wahlfeststellung außerhalb der Spezialliteratur nahezu ausschließlich in den Kommentaren und Lehrbüchern des Strafprozesses behandelt und zwar zumeist im Anschluß an die Besprechung der Vorschrift des § 267 StPO. Von wenigen Ausnahmen abgesehen, suchten die meisten Schriftsteller die seither vermeintlich oder wirklich für die Zulassung alternativer Feststellungen bestehenden positivrechtlichen Grenzen allein in der Strafprozeßordnung und glaubten sie vor allem in der Bestimmung des § 267 gefunden zu haben.

Gegenstand der vom Richter im Urteil zu treffenden Feststellungen sind zunächst nur Tatsachen, mögen sie sich in der Außenwelt (äußere Tatsachen) oder im Inneren eines Menschen (psychologische oder innere Tatsachen) abgespielt haben. Sie ergeben insgesamt ein individuell bestimmtes Tun oder Unterlassen des Angeklagten und stellen das tatsächliche Fundament des zu begründenden Straferkenntnisses dar. Den Rechtsgrund bildet das Strafgesetz, der einzelne, die Strafdrohung enthaltende gesetzliche Tatbestand, dessen Merkmale durch die festgestellten Tatsachen erfüllt werden. Die Begründung der richterlichen Entscheidung vollzieht sich durch Subsumtion der festgestellten Tatsachen des konkreten Sachverhalts als Untersatz unter die Merkmale des Strafgesetzes, des abstrakten gesetzlichen Tatbestandes als Obersatz, woraus dann die Entscheidung (Schuldspruch und Strafverhängung) als Conclusio folgt.

Die oben gestellte Frage nach der Zulässigkeit von alternativen Feststellungen bezog sich dort nur auf Feststellungen tatsächlicher Art, also auf den Untersatz.

Die Wahldeutigkeit des konkreten Sachverhalts läßt indessen in den wenigsten Fällen die Sicherheit der Subsumtion unberührt, d. h. eindeutige Subsumtion unter ein Strafgesetz zu. In allen anderen Fällen zieht die Alternativität in den tatsächlichen Feststellungen eine solche des Subsumtionsschlusses nach sich. Es führt also die Frage nach der Zulässigkeit von alternativen Tatsachenfeststellungen unmittelbar zu der für uns ebenso wichtigen Frage, ob und in welchen Grenzen alternative Subsumtion im verurteilenden Straferkenntnis erlaubt ist.

Die folgenden Beispiele sollen unsere Fragen veranschaulichen:

---

mit Recht als eine „in das Verfahrensrecht eingreifende rechtsschöpferische Tätigkeit" angesehen.

15) vgl. Ostern S. 81.

16) Wir erwähnten bereits im Vorwort, daß weder das materielle noch das formelle Strafrecht bisher Bestimmungen für die Zulässigkeit alternativer Feststellungen enthielten.

17) Und nicht, wie vielfach angenommen wurde, eine Erweiterung des materiellen Strafrechts. Insbesondere hat unsere Frage nichts mit dem § 2 des Strafgesetzbuches zu tun, dessen Inhalt rein strafrechtlicher Natur ist. Daß das Problem der Wahlfeststellung auch eine materielle Seite hat, wodurch seine nunmehr getroffene gesetzliche Regelung primär im materiellen Strafrecht gerechtfertigt ist, bleibt allerdings noch darzulegen. Siehe S. 11 ff.

1. A versetzte einem Kinde mit einem Hammer mehrere Schläge auf den Kopf und warf es darauf in einen Brunnen unweit des Tatortes. Ob dies oder jenes den Tod verursacht hat, konnte nicht festgestellt werden [18]). (Nach Lage des Falles soll eine Beurteilung der Tat als Mordversuch in Konkurrenz mit fahrlässiger Tötung nicht in Betracht kommen.)

Hier erhebt sich nur die Frage, ob die zu subsumierenden individuellen Tatsachen, das Schlagen mit dem Hammer, das Werfen in den Brunnen behufs Konkretisierung der Tötungshandlung alternativ festgestellt werden dürfen; m. a. W. genügt zur Verurteilung des A wegen Mordes die Feststellung, er habe den Tod des Kindes entweder dadurch verursacht, daß er ihm mit einem Hammer auf den Kopf schlug, oder dadurch, daß er es in den Brunnen warf und daß jede der beiden Handlungen mit dem Vorsatz der Tötung und mit Überlegung geschah?

Die Alternativität liegt hierbei nur in den tatsächlichen Feststellungen, in Teilen des Untersatzes, welche ein Begriffsmerkmal des gesetzlichen Tatbestandes (§ 211 StGB.) „das Töten eines Menschen" im konkreten Fall erfüllen sollen: Die Alternativität der Tatsachen zieht eine solche des Subsumtionsschlusses nicht nach sich. (Reine Tatsachenalternativität).

2. A wurde in erster Instanz vor dem Amtsgericht und in der Berufungsinstanz vor dem Landgericht eidlich vernommen. Vor dem Amtsgericht bekundete er, daß er am 1. April nicht auf den Hund des Klägers geschossen habe, vor dem Landgericht, daß er dies in den Tagen vor und nach dem 1. April nicht getan habe. Es wurde nachgewiesen, daß A doch auf den Hund des Klägers geschossen habe. Zweifelhaft blieb indessen, ob es am 1. April oder in den Tagen vor oder nach dem 1. April geschehen war [19]).

Nur einer der beiden Eide kann ein Meineid gewesen sein; welcher von beiden kann nicht festgestellt weren.

In diesem Fall fragt es sich, ob der Richter alternativ feststellen darf, daß der Angeklagte A dadurch den Tatbestand des Meineides erfüllt habe, daß er entweder vor dem Amtsgericht oder späterhin vor dem Landgericht unter Eid wissentlich Unwahres bekundete.

Wiederum liegt die Alternativität nur in den tatsächlichen Feststellungen. Indessen haben wir es hier nicht wie im vorigen Falle mit Alternativität der zu subsumierenden Tatumstände sondern mit einer solchen zweier selbständiger Taten [20]) zu tun, d. h. mit zwei sich um denselben Täter gruppierenden selbständigen historischen Geschehnissen. Alternativ ungewiß ist, welches von diesen Geschehnissen gegeben und demzufolge dem allein in Betracht kommenden Tatbestand des § 153 StGB. unterzuordnen ist. (Alternativität mehrerer Taten als besonderer Fall der „reinen Tatsachenalternativität").

3. A entwendete aus der Wohnung des B Wertsachen. Unaufgeklärt blieb, ob er dabei zu einem offenstehenden Fenster eingestiegen war, oder sich mittels eines Dietrichs Zutritt zu den Räumen des B verschafft hatte.

18) Entnommen der Fallsammlung von Zaum § 2.
19) Dieser Fall lag dem Reichsgericht vor: E. 26, 155.
20) d. h. mit zwei verschiedenen „Taten" im Sinne der Strafprozeßordnung.

Anders als in den vorangehenden Fällen läßt hier die Mehrdeutigkeit des Sachverhalts eine eindeutige Subsumtion nicht zu. Allerdings steht nach dem Sachverhalt eindeutig fest, daß A einen schweren Diebstahl nach § 243 StGB. begangen hat. Alternativ unbestimmt ist jedoch, ob „aus einem Gebäude mittels Einsteigens gestohlen" wurde (§ 243, Ziff. 2) oder „der Diebstahl dadurch bewirkt" wurde, „daß zur Eröffnung eines Gebäudes . . . . zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmte Werkzeuge angewendet" worden sind. (§ 243, Z. 3).

Wir sehen also, daß hier im Unterschied zu den Beispielen 1 und 2 die Alternativität des Sachverhalts lediglich eine alternative Subsumtion unter zwei gesetzlich verschiedene, einander ausschließende Ausführungsarten ein und desselben Delikts (schwerer Diebstahl nach § 243) gestattet. Daraus ergibt sich im vorliegenden Fall für den Richter die Frage: Darf A wegen schweren Diebstahls gemäß § 243 auf Grund der alternativen Feststellung verurteilt werden, daß er den Diebstahl entweder „mittels Einsteigens" gem. Ziff. 2 oder „mittels falscher Schlüssel" gem. Ziff. 3 des § 243 begangen habe? (Tatsachen- und Rechtsalternativität).

4a). A überfiel eine allein des Weges kommende Frau, warf sie zu Boden und faßte sie unter die Röcke. Es näherten sich Leute, wodurch A sich gezwungen sah, von seinem weiteren Vorhaben Abstand zu nehmen. Es ließ sich nicht aufklären, ob er es auf einen Geschlechtsverkehr mit der B oder auf deren Geldtasche, die sie unter ihrem Rock trug, abgesehen hatte [21]).

Der äußere Hergang der Tat steht eindeutig fest. Der äußerlich feststellbare Sachverhalt erlaubt jedoch keinen eindeutigen Schluß auf die Willensrichtung des Täters. In dieser Beziehung ist nur die alternative Feststellung möglich, daß der Täter entweder die B berauben oder sie vergewaltigen wollte. Wie im vorigen Fall, so gestattet auch hier die Mehrdeutigkeit des (seelischen) Sachverhalts keine eindeutige Subsumtion. Der Richter kann vielmehr nur feststellen, daß A entweder den Tatbestand des § 249 in Verbindung mit § 43 (Raubversuch) oder den Tatbestand des § 177 in Verbindung mit § 43 (Notzuchtsversuch) erfüllt hat.

4b). Die schwangere H. hatte sich an die B. gewandt, um sich die Frucht abtreiben zu lassen [22]). Der Eingriff sollte 50,— Mk. kosten. RM. 25,— hat Frau B. als Teilzahlung erhalten. In dem gegen sie wegen Abtreibung durchgeführten Verfahren brachte sie vor, sie habe späterhin nicht mehr den Willen gehabt, einen zur Fruchtabtreibung geeigneten Eingriff vorzunehmen, sondern habe einen solchen Eingriff unter Benutzung einer harmlosen Spritze nur vorgetäuscht mit dem Willen, für ihre Tätigkeit zu der schon erhaltenen Teilzahlung ein weiteres Entgelt (die noch ausstehenden RM. 25,— der vereinbarten Summe) zu erlangen. Feststeht, daß der Eingriff erfolglos geblieben ist. Dagegen ließ sich nicht aufklären, ob die Angaben der B. zutreffen, ein Eingriff also nur vorgetäuscht wurde.

Hier steht der äußere Hergang der Tat nur zum Teil eindeutig fest, da nicht einmal aufgeklärt werden konnte, ob die H. sich eines an sich geeigneten

21) Dieses Beispiel findet sich unter anderen in den Ausführungen Zeilers in DRZ. 1914, 527.
22) Nach RG. 69/369.

Abtreibungsmittels bediente oder nicht. Im übrigen liegt der Fall wie der vorige: Wiederum läßt die Wahldeutigkeit des Sachverhalts keine eindeutige Subsumtion zu. Der Richter kann nur feststellen, daß die B. entweder den Tatbestand des § 218 Abs. II mit Abs. III in Verbindung mit § 43 (Abtreibungsversuch) oder den Tatbestand des § 263 (Betrug) erfüllt hat.

Im Unterschied zu allen vorangehenden Beispielen kann in den beiden letzten Fällen dem Angeklagten nicht die Schuld im Hinblick auf einen bestimmten gesetzlichen Tatbestand nachgewiesen werden. Der festgestellte Sachverhalt läßt vielmehr nur eine Alternativschuldfeststellung, d. h. die wahlweise Feststellung zu, daß der Angeklagte sich entweder des einen oder des anderen Deliktes (des Raubes oder der Notzucht, der Abtreibung oder des Betruges) schuldig gemacht habe. (Alternativität mehrerer gesetzlicher Tatbestände als besonderer Fall der Tatsachen- und Rechtsalternativität).

Es fragt sich, ob auch in einem solchen extremen Fall von Subsumtionsalternativität eine Verurteilung möglich ist: Darf der Richter verurteilen auf Grund der alternativen Feststellung, daß der Angeklagte zwar sicherlich einen von mehreren gesetzlichen Tatbeständen, unbestimmt aber welchen von ihnen, verwirklicht hat?

Da, wie wir auf Seite 7 Note 13 bereits gezeigt haben, die Verurteilung im engeren Sinne, die Strafverhängung jedenfalls eindeutig bestimmt sein muß, so erhebt sich hier die weitere Frage, welches der mehreren als verletzt in Betracht kommenden Strafgesetze für die Straffestsetzung anzuwenden ist, (d. h. aus welchem Gesetz der Täter zu bestrafen ist.)

Diese Frage ist, da sie die Rechtsfolge betrifft, ihrem Wesen nach eine materiellrechtliche, eine Frage, die nicht dem Strafverfahrens- sondern dem sachlichen Strafrecht angehört [23]). Denn darum handelt es sich, den staatlichen Strafanspruch für die Fälle genau zu bestimmen, bei denen der Sachverhalt nicht eindeutig unter ein Strafgesetz, sondern nur wahlweise unter mehrere Strafgesetze subsumiert werden kann [24]). Die Frage aber, in welchen Fällen dem Staat ein Strafanspruch zusteht und welcher Art der Strafanspruch im einzelnen ist, betrifft gerade das materielle Strafrecht, während das Prozeßrecht bestimmt, wie die Geltendmachung und Durchführung des Strafanspruchs im einzelnen zu erfolgen hat.

Aus diesem Grunde wurde denn auch von allen Schriftstellern, die vor Erlaß der strafrechtlichen Änderungsgesetze vom 15. Juni 1935 für eine erweiterte Zulassung von Wahlfeststellungen im Strafurteil eingetreten sind, der Vorschlag gemacht, das „Problem der Alternativ-Schuldfeststellung" zunächst durch eine Bestimmung zu regeln, die im materiellen Strafrecht ihren Sitz haben sollte [25]); und es hat auch darum der Gesetzgeber selbst die Frage der Wahlfeststellung zunächst im Strafgesetzbuch geregelt, indem er dort hinter dem neuen § 2 einen § 2b einfügte. Danach ist der Täter, der gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat, aus

23) Vergl. RG. in JW. 34/2053.
24) Vergl. v. Dassel S. 168 ff.
25) Vgl. z. B. Rumpf II, 196 ff.; v. Dassel S. 175; Nüse S. 64 ff.

dem mildesten der in Betracht kommenden Gesetze zu bestrafen, wenn eine Tatfeststellung nur wahlweise möglich ist[26]).

Mehrere Strafgesetze müssen für § 2b als verletzt in Betracht kommen. Daraus ersehen wir, daß der Gesetzgeber nur den Fall der „Alternativität mehrerer Tatbestände", den extremsten Fall der Subsumtionsalternativität (Beispiele Nr. 4a, 4b) im Auge hatte. Der Fall, daß jemand durch eine von mehreren Handlungen gegen ein bestimmtes Strafgesetz verstoßen hat, ist vom Gesetzgeber, wie sich aus der amtlichen Begründung ergibt, bewußt von der Regelung ausgenommen worden. Damit sollte jedoch nicht gesagt sein, daß in solchen Fällen (Beispiele Nr. 1—3) fraglich sein könnte, ob eine Verurteilung erfolgen darf. Vielmehr ging dabei der Gesetzgeber davon aus, daß hier der Richter auch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung zu einer Verurteilung gelangen könnte[27]). Und in der Tat war man sich ja auch in Schrifttum und Rechtssprechung schon lange darüber einig, daß „Alternativität der zu subsumierenden Tatumstände" (Beispiel Nr. 1) sowie alternative Subsumtion unter verschiedene gleichwertige Ausführungsarten ein und desselben Delikts (unter „verschiedene Modalitäten desselben Tatbestandes") auf dem Boden des geltenden Rechts im Strafurteil zulässig sind. (Beispiel Nr. 3).

Dagegen stand die herrschende Lehre bis zuletzt auf dem Standpunkt, daß eine alternative Feststellung mehrerer „Taten", (im Sinne der StPO.) d. h. mehrerer sich um denselben Angeklagten als Täter gruppierenden selbständigen historischen Ereignissen nicht erlaubt ist, auch wenn das anzuwendende Strafgesetz als allein in Betracht kommend sicher" feststeht.

Es handelt sich hier lediglich um den Fall der beiden Eide, die zu verschiedenen Zeiten geleistet worden sind und genau das Entgegengesetzte besagen, sodaß einer von beiden notwendig ein Meineid ist. (Vgl. Beispiel Nr. 2! Andere Fälle dieser Art sind bisher noch nicht vorgekommen und es ist mir auch nicht gelungen, einen solchen auszudenken). Ob heute der Richter in einem solchen Fall den Angeklagten wegen Meineides verurteilen darf, wird daher im dogmatischen Teil der Arbeit eingehend zu erörtern sein. Leopold Schäfer[28]) meint dazu nur: „Selbstverständlich darf in solchen Fällen nicht Freisprechung erfolgen; hier wird aber der Richter wohl auch ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung zur Verurteilung gelangen können". Der Gesetzgeber hätte m. E. besser getan auch diesen Fall zu regeln. Denn bisher vertraten jedenfalls das Reichsgericht und mit ihm die ganz überwiegende Meinung im Schrifttum mit guten Gründen den Standpunkt, daß hier keine Verurteilung erfolgen dürfe, ungeachtet dessen, daß feststeht, daß ein Meineid geleistet ist.

---

26) Aus § 2b ergibt sich also zweierlei:
1. Die Zulässigkeit der Wahlfeststellung unter gewissen Voraussetzungen.
2. Bestrafung nur aus dem mildesten der in Betracht kommenden Gesetze. Nur dieser Satz ist ein solcher des materiellen Rechts! Irreführend daher die Erläuterungen Leopold Schäfers zu § 267b unter 1 und 2.

27) Vgl. K. Schäfer in JW. 1935, S. 2326.

28) Erläuterung zu § 26, N. 2.

Was dagegen die anderen, vom Gesetz nicht geregelten Fälle der Alternativität der zu subsumierenden Tatumstände und der alternativen Subsumtion unter verschiedene Modalitäten desselben Tatbestandes betrifft, so werden diese im Folgenden nicht behandelt. Denn in diesen Fällen war schon nach bisher geltendem Recht — (unbestrittenermaßen!) — eine Verurteilung auf Grund von Wahlfeststellungen zulässig, sodaß es hier, wie Friedrich Schwarz mit Recht betont, „weder notwendig noch richtig ist, den § 2b zur Stützung der Verurteilung auf Grund wahlweiser Tatsachenfeststellung heranzuziehen“ [29]). —

Als Ergebnis dieses Teils der Arbeit ist festzustellen:

Das Problem der Wahlfeststellung ist an sich ein prozeßrechtliches, das mit Zuspitzung auf die uns vor allem interessierenden Fälle der „Alternativität mehrere Tatbestände“ eine materielle Seite bekommt, nämlich dann, wenn es sich um die Frage handelt, welches der mehreren in Betracht kommenden Strafgesetze zur Anwendung zu bringen ist. Der Rechtssatz des § 2b, auf Grund dessen von vornherein feststeht, welche von den mehreren in Betracht kommenden Strafgesetzen der Strafverhängung zu Grunde zu legen ist, ist allerdings ein Satz des sachlichen Strafrechts. —

Zur völligen Klarstellung unseres Problems sei noch folgendes bemerkt:

Ist der Tathergang in subjektiver wie objektiver Hinsicht völlig gewiß und bleibt nur rechtlich zweifelhaft, unter welches von mehreren in Betracht kommenden Strafgesetzen der eindeutig ermittelte Sachverhalt zu subsumieren ist, (sogen. reine Subsumtions- oder „reine Rechtsalternativität“) —, so haben wir es nicht mit dem hier zu behandelnden Problem zu tun, sondern mit der Lösung einer reinen Rechtsfrage. Die Rechtsfrage aber ist, wie Grünhut [30]) sehr treffend bemerkt „ihrer Idee nach stets einer eindeutigen Lösung fähig und bedürftig und läßt für Zweifel weder im Sinne eines in dubio pro reo noch einer etwa zulässigen Alternativität Raum.“ Welches Strafgesetz der Richter bei Gewißheit über den Tathergang anzuwenden hat, muß der Richter wissen; denn „Jura novit curia“. Eine Unentschiedenheit in der Rechtsfrage ist des Richters unwürdig. Es hat also bei eindeutig festgestelltem Sachverhalt stets eindeutige Subsumtion zu erfolgen. Ist z. B. gewiß, daß der angeklagte Schaffner mit Zueignungsabsicht einen Teil des Wechselgeldes aus der hierfür bestimmten Tasche an sich genommen hat [31]), so darf das Gericht — auch wenn die Entscheidung noch so schwer fallen sollte — die Gewahrsamsfrage nicht offen lassen und sich statt dessen mit der Feststellung begnügen, daß der Schaffner entweder einen Diebstahl (§ 242) oder eine Unterschlagung (§ 246) begangen habe [32]).

---

29) Friedrich Schwarz, S. 43.
30) im Mo. Schri. f. Krim. Psychologie 1934, S. 333.
31) Dieses Beispiel bringt Nüse (S. 3) „zur völligen Klarstellung des Problems der Alternativschuldfeststellung“!
32) Anderer Ansicht Nüse S. 3, der damit die Grenze des Problems der Wahlfeststellung völlig verkennt. Auch bei den Beispielen auf S. 89 f.

TEIL II: (Hauptteil). Die Wahlfeststellung nach geltendem Recht (nebst rechtspolitischen Erwägungen).

A. Abgrenzung der Zulässigkeit von Wahlfeststellungen im verurteilenden Straferkenntnis.

I. Die Voraussetzungen des Strafgesetzbuches für die Wahlfeststellung.

Nachdem das Gesetz in § 2b ganz allgemein die Wahlfeststellung zugelassen hat, gilt es sich der Grenzen bewußt zu werden, außerhalb deren die Verurteilung auf Grund wahlweiser Feststellungen mehr Schaden als Nutzen stiften würde. Es soll daher in diesem Teil der Arbeit vor allem unsere Aufgabe sein, die Tragweite der gesetzlichen Regelung darzustellen und das Feld abzugrenzen, auf dem für eine Wahlfeststellung nach § 2b Raum ist.

Dabei ist zunächst grundsätzlich zu betonen, daß die dem Richter durch § 2b eröffnete Möglichkeit als letzter Ausweg zur Vermeidung einer ungerechten Freisprechung oder einer unaufrichtigen Verdachtsstrafe gedacht ist[1]). Denn die alternative Schuldfeststellung im Urteil bleibt allemal eine Notlösung, woran auch der Umstand nichts ändert, daß sie jetzt vom Gesetz ausdrücklich zugelassen ist. Es bedarf wohl keines näheren Erweises, kaum der Erwähnung, daß ein wahlweise begründetes Urteil die Urteilswirkung schädigt[1]) und daß schon deshalb die Alternativ-Schuldfeststellung gegenüber der erzwungenen eindeutigen Feststellung und dem untragbaren Freispruch eben nur das „kleinere Übel" darstellt.

In hohem Maße unerfreulich aber sind Alternativ-Schuldfeststellungen überall da, wo zwischen den mehreren in Betracht kommenden Straftaten in gesetzlicher und sittlicher Beziehung ein weiter Abstand besteht. Auf die „gefühlsmäßigen Bedenken", die sich hier gegen eine Wahlfeststellung erheben, hat mit Recht der reichsgerichtliche Urteilsentwurf vom 8. 12. 33 (JW. 34, 300) hingewiesen. Der Richter muß daher alle Mühe aufwenden, um im Rahmen des § 261 StPO. zu einer wohlbegründeten eindeutigen Feststellung zu gelangen. Gemäß § 155 Abs. II StPO. ist er verpflichtet, den Sachverhalt soweit irgend möglich eindeutig zu klären. Schon aus diesem Grunde würde eine vorschnelle und bequeme Benutzung der jetzt durch § 2b eröffneten Möglichkeit, die Schuld des Angeklagten im Urteil wahlweise festzustellen, ungesetzlich sein.

Aber auch wenn der Richter seiner Verpflichtung zu möglichst erschöpfender Erforschung des Sachverhalts nachgekommen ist, und die Beweisaufnahme lediglich zu dem Ergebnis geführt hat, daß der Angeklagte von mehreren gesetzlichen Tatbeständen jedenfalls den einen oder anderen erfüllt hat, kann die Wahlfeststellung fehl am Orte sein.

1. Gedacht ist hier an die Fälle, in denen die Alternativität deshalb nur eine scheinbare ist, weil die in Betracht kommenden gesetz-

---

handelt es lediglich um die Lösung einer reinen Rechtsfrage bei eindeutig feststehendem Sachverhalt! Vergl. hierzu Lobe in GS. 104, S. 168; Anker S. 6 und S. 46. F. Schwarz, S. 5; Oetker in GS. 106, S. 429.

1) Siehe hierzu im einzelnen S. 70 d. Ausführungen!

lichen Tatbestände nicht in einem Ausschließungsverhältnis, nicht in einem Verhältnis des Entweder/Oder zueinander stehen, sondern sich wie Plus zu Minus zueinander verhalten. In diesen Fällen, in denen das eine Delikt als das „Plus" tatbestandsmäßig das andere Delikt als das „Minus" umfaßt, ist eindeutige Feststellung des „Minus" geboten. Eine Wahlfeststellung kommt hier, da ein Glied der „Alternative" feststeht, ihrem Wesen nach gar nicht in Frage und würde zudem gegen § 2b verstoßen, da „eine Feststellung nicht nur wahlweise möglich ist".

Die Frage, wann im Einzelfall eine solche sogenannte „Plus-Minus-Alternative" vorliegt, ist nicht immer leicht zu beantworten. Eine allgemeine Regel läßt sich m. E. hierfür nicht aufstellen. Die positive Gestaltung unseres Strafrechts bietet zwar eine Handhabe, aber allein entscheidend ist sie für die Beantwortung unserer Frage nicht, wie wir an Hand der nunmehr zu erörternden Einzelfälle gleich sehen werden.

a) Am deutlichsten tritt das oben nur allgemein gekennzeichnete Plus-Minus-Verhältnis bei den Fällen zu Tage, in denen der eine in Betracht kommende Tatbestand den anderen begrifflich in sich schließt und nur eine Qualifizierung desselben enthält. Hat z. B. die Beweisaufnahme zu dem sicheren Ergebnis geführt, daß der Angeklagte A Wertsachen aus dem Hause des Zeugen E entwendet hat, sich jedoch nicht aufklären lassen, ob A zum Fenster eingestiegen oder durch die offene Haustür in das Haus gelangt ist, so kommt man zwar zu der Alternativfeststellung, daß der Angeklagte den Diebstahl auf die eine oder andere Weise verübt hat. Allein die beiden zur Wahl stehenden Tatbestände §§ 242/243 Ziffer 2 stehen sich nicht derart gegenüber, daß entweder der eine oder der andere verwirklicht ist, unbestimmt welcher. Vielmehr steht das eine Glied der Alternative, nämlich das Vorliegen eines einfachen Diebstahls (§ 242) mit Sicherheit fest. Ungewiß ist nur, ob der Angeklagte darüber hinaus auch den strafschärfenden Tatbestand des § 243 Z. 2 erfüllt hat. — In Frage steht hier nicht das Gegebensein von a oder b (aliud — aliud), sondern lediglich das Vorliegen von b bei Feststehen von a; zweifelhaft ist nicht, ob a oder b, sondern, ob a oder a+b (minus — plus) gegeben ist.

Es versteht sich, daß hier eine Wahlfeststellung nicht in Betracht kommt. Bleibt b zweifelhaft, so hat eindeutige Feststellung des erwiesenen a zu erfolgen. Kann also der Richter in unserem Fall sich nicht davon überzeugen, daß der Angeklagte zum Fenster eingestiegen ist und den strafschärfenden Tatbestand des § 243 Z. 2 verwirklicht hat, so ist er eindeutig nur wegen einfachen Diebstahls zu verurteilen.

Was die Eigenart des Plus-Minus-Verhältnisses im Unterschiede zu dem des Ausschließungsverhältnisses des Entweder/Oder betrifft, so sehen wir folgendes: Während beim echten Alternativverhältnis die verschiedenen Beurteilungen gleichsam schon in ihrer Wurzel auseinander gehen und lediglich darin zusammentreffen, daß der Angeklagte gegen das Strafgesetz überhaupt verstoßen hat, reicht hier die Verschiedenheit der Beurteilungen nur so weit, als sich einzelne Tatsachen derart gegenüber stehen, daß die An-

nahme der einen nichts weiter als eine schwerere Form derselben Verbrechensart begründet [2]).

Ein Plus-Minus-Verhältnis liegt daher immer vor zwischen einfachem und qualifiziertem Verbrechen, z. B. zwischen § 223 und § 223a, zwischen § 212 und § 211, zwischen § 223 und 226 [3]).

In all diesen Fällen ist für Wahlfeststellung kein Raum, sondern das einfache Verbrechen eindeutig festzustellen. Ein solches Verfahren steht auch durchaus mit der Wahrhaftigkeit im Einklange, die grundsätzlich bei der Arbeit des Richters zu verlangen ist. Ist z. B. zweifelhaft geblieben, ob der Angeklagte die Tötung, die sicherlich vorsätzlich geschah, mit oder ohne Überlegung ausgeführt hat, so deckt sich die eindeutige Verurteilung wegen Totschlags vollkommen mit der Überzeugung des Gerichts. Denn überlegte Tötung (Mord) konnte nicht erwiesen und darum auch nicht festgestellt werden.

Auch einfaches und privilegiertes Verbrechen stehen zueinander nicht in einem Ausschließungsverhältnis des Entweder/Oder sondern in einem Verhältnis des Mehr zum Weniger.

Das privilegierte Verbrechen ist mit dem qualifizierten Verbrechen eng verwandt: Bei beiden tritt zu dem Tatbestand des einfachen Verbrechens (Grundtatbestand) ein neuer Teiltatbestand hinzu, wodurch bei diesem ein strafschärfender, bei jenem ein strafmildernder Tatbestand derselben Verbrechensart begründet wird. Tatbestandsmäßig weist also das privilegierte Verbrechen gegenüber dem einfachen ebenso wie das qualifizierte Verbrechen ein Plus auf, so daß auch bei einem Zweifel über das Vorliegen von Tatsachen, deren Annahme nichts weiter als eine mit geringerer Strafe bedrohte Form derselben Deliktsart begründet, das einfache Verbrechen eindeutig festzustellen wäre. Denn nur das Vorliegen des Grundtatbestandes (a) ist erwiesen und darum feststellbar. Ob darüber hinaus auch der strafmildernde Teiltatbestand (b) erfüllt ist, blieb zweifelhaft, sodaß dessen Vorliegen nicht festgestellt werden kann. Demgemäß müßte z. B. ein Angeklagter eindeutig wegen Totschlags oder gegebenenfalls sogar wegen Mordes verurteilt werden, wenn nicht aufzuklären war, ob er von sich aus oder erst auf ausdrückliches und ernstliches Verlangen des Getöteten tätig geworden ist und damit den Tatbestand des 216 erfüllt hat, der einen privilegierten Fall sowohl des Mordes wie des Totschlags enthält. Angesichts des positivrechtlichen Aufbaues und Zusammenhangs der in Frage stehenden Bestimmungen, entspräche eine solche Verurteilung durchaus der Logik. Allein eine formallogisch unanfechtbare Entscheidung ist deshalb nicht ohne weiteres immer

---

2) Vgl. hierzu Zeiler in DJZ. 1914. Sp. 575.

3) Hierher gehören auch die Fälle der Spezialität (als Unterfälle der sogen. „Gesetzeskonkurrenz", vergl. Frank § 73, VII, 2, c), in denen das Spezialdelikt mit strengerer Strafe bedroht ist. Beispiel: Räuberische Erpressung (§ 255) oder Nötigung (§ 240)? Hier ist selbstverständlich nicht Wahlfeststellung, sondern eindeutige Feststellung der Nötigung geboten. Entsprechend ist in den Fällen der Konsumtion (vergl. Frank a.a.O.) zu verfahren und demgemäß der Tatbestand der lex consumtae eindeutig festzustellen. Z. B. Raub oder nur Nötigung? Nötigung!, Erpressung (§ 253) oder nur Nötigung? Nötigung! Siehe hierzu F. Schwarz S. 8.

auch die richtige und gerechte Entscheidung, wie sich gerade bei dem hier zur Erörterung stehenden Fällen zeigt. Blieb zweifelhaft, ob der Angeklagte den X erst auf dessen Verlangen hin mit Überlegung getötet hat, so würde eine eindeutige Verurteilung wegen Mordes vom Standpunkt der Gerechtigkeit aus ganz unerträglich sein. Dem Angeklagten könnte hierdurch ebenso Unrecht wie Recht geschehen sein. Es bleibt daher in solchen Fällen garnichts anderes übrig, als gemäß dem Grundsatz „in dubio pro reo" zu verfahren und eindeutig den Tatbestand festzustellen, welcher den privilegierten Fall enthält.

Die eindeutige „Feststellung" des privilegierten Delikts steht dann freilich mit der Wahrheit nicht im Einklange. Denn davon, daß auch der privilegierte Teiltatbestand vorliegt, ist der Richter ja gerade nicht überzeugt. Feststellen aber kann man nur etwas, wovon man überzeugt ist. Im Interesse der Gerechtigkeit muß jedoch dieses Übel als das kleinere in Kauf genommen werden [4]).

Einer besonderen Betrachtung bedarf der folgende von Oetker im Gerichtssaal Bd. 106, 422 behandelte Fall:

X hat falsches Geld vorsätzlich als echtes in Verkehr gebracht, ohne daß festgestellt werden kann, ob er es selbst gefertigt oder doch als unechtes empfangen oder vielmehr als echtes empfangen hatte.

Die Tatbestände, die in Frage kommen, sind die der §§ 146 Fall 1, 147, 148. Fest steht nur, daß X verbotswidrig unechtes Geld in den Verkehr gebracht hat und jedenfalls einer der genannten Tatbestände erfüllt ist. Auch hier ist kein Raum für Wahlfeststellung. Denn der Tatbestand des § 148 ist in den Tatbeständen der §§ 146 Fall 1 und 147 als das Weniger enthalten.

Was zunächst das in § 147 behandelte Delikt — (die letzte Alternative bleibt außer Betracht) — betrifft, so unterscheidet sich dies von dem des § 148 lediglich durch Hinzutreten eines weiteren Momentes, nämlich der Kenntnis des Täters, daß das Geld falsch war, bevor er es erlangt. Daraus ergibt sich, daß bei einem Zweifel darüber, ob der Täter das Geld als echtes oder unechtes empfangen hat, das erste Glied der Alternative als feststehend angenommen werden kann und demgemäß eindeutige Verurteilung aus § 148 zu erfolgen hat.

Entsprechend ist der Fall zu behandeln, wenn zweifelhaft geblieben ist, ob der Täter das in Verkehr gebrachte falsche Geld selbst gefertigt (§ 146 Fall 1) oder als echtes empfangen hat (§ 148). Dem steht nicht entgegen, daß § 146 Fall 1 nicht voraussetzt, daß der Täter das nachgemachte Geld in Verkehr bringt, sondern nur verlangt, daß er bei der Anfertigung des Geldes eine dahingehende Absicht hat. Allerdings enthält insoweit § 148 gegenüber § 146, Fall 1 ein Plus. Allein das Vorliegen dieses Plus (Inverkehrbringen des falschen Geldes) steht in dem Fall, der hier zur Erörterung steht, außer allem Zweifel. Vielmehr bezieht sich die Ungewißheit nur auf solche Tatsachen, deren Annahme eine schwerere Form derselben Deliktsart (Münzverbrechen) begründet.

4) Im Ergebnis wie hier: Zeiler DRZ. 1914 Sp. 576, ihm folgend Zaum, S. 8. Entsprechend ist in den Fällen der Spezialität zu verfahren, wenn das Spezialdelikt mit geringerer Strafe bedroht ist. Z. B. Diebstahl oder Mundraub (§ 370 Z. 5)? Mundraub!

Schließlich könnte man noch gegen uns einwenden, daß sich eine eindeutige Feststellung des § 148 deshalb verbiete, weil nicht eindeutig feststünde, daß X das Geld „empfangen" hat. Dieser Einwand würde in der Tat durchschlagen, wenn das „Empfangen" in § 148 ein abgeleiteter Erwerb sein müßte. Viele nehmen das an[5]), allein schwerlich mit Recht. Denn nicht der Wortlaut, sondern der Sinn des § 148 entscheidet. Danach kann es aber nicht darauf ankommen, auf welche Weise der Täter in den Besitz des Geldes gekommen ist. Jedenfalls aber wird heute jeder Fall, in dem der Täter Falschgeld nach erkannter Unechtheit in den Verkehr bringt, von § 148 erfaßt, wenn nicht in direkter so in analoger Anwendung.

Kommt aber auf die Art der Erlangung des Falschgeldes nichts an, so steht in unserem Falle fest, daß X „empfangenes Falschgeld" vorsätzlich als echtes in den Verkehr gebracht hat. Da die gegenüber § 148 erschwerenden Momente des § 147 (Kenntnis der Unechtheit vor Empfang), sowie die des § 146 Fall 1 (Selbstanfertigung des Falschgeldes in der Absicht, es in Verkehr zu bringen) nicht erwiesen sind, so hat eindeutige Feststellung des Weniger, nämlich des Tatbestandes des § 148 zu erfolgen.

Es brauchte nicht noch besonders gesagt zu werden, daß unsere Entscheidung gerecht ist und in keiner Weise gegen das gesunde Volksempfinden verstößt, wenn nicht Oetker (a.a.O.) den X gerade nicht aus § 148 (dem „privilegierten Grunddelikt")[6]) sondern aus der Bestimmung, welche nach seiner Ansicht das normale Grunddelikt enthält (welches diese Bestimmung sein soll, ob § 146 oder § 147, sagt er nicht) bestraft wissen wollte. Zugegeben, daß nach dem positivrechtlichen Aufbau dieser Tatbestände das in § 148 behandelte Münzvergehen sich als privilegiertes Grunddelikt darstellt, so hat dies doch nicht zur Folge, daß dem X „die Strafmilderung aus § 148 nicht zustatten kommen" kann. Dies aber meint Oetker und begründet seine Ansicht damit, daß das „Grunddelikt, verbotenes Inverkehrbringen unechten Geldes, feststehe und der Milderungsgrund nicht erwiesen" sei. Darauf ist folgendes zu erwidern: erwiesen ist, wie wir oben gezeigt haben, daß X „empfangenes", d. h. irgendwie in seinen Besitz gekommenes Geld als unechtes in den Verkehr gebracht hat (a). Unaufgeklärt geblieben ist, ob X das Geld selbst gefertigt (b) oder als unechtes empfangen (c) hat. Hat aber der Richter sich nicht von dem Vorliegen von b und auch nicht von dem Vorliegen von c überzeugen können, so würde die Feststellung, X habe sich eines Münzverbrechens, sei es des § 146, sei es des § 147 (nach Oetker das normale Grunddelikt) schuldig gemacht, offensichtlich der Wahrheit widersprechen. Es kann sich somit nur fragen, ob eine eindeutige Feststellung des Münzvergehens nach § 148 möglich ist, oder ob zu dem Notbehelf der Wahlfeststellung gegriffen werden muß. Wir haben uns, wie wir glauben, mit überzeugenden Gründen für ersteres entschieden. Unter gar keinen Umständen aber ist eine eindeutige Feststellung eines Münzverbrechens nach § 146/147 gerechtfertigt. Das wäre auch keineswegs „sach-

5) Vgl. Frank § 148 N. 1 nebst den dort Zitierten.

6) Die Auffassung Oetkers, wonach der Tatbestand d. § 148 einen privilegierten Fall d. Münzverbrechens enthält, kann sich allenfalls auf den positivrechtl. Aufbau d. Münzdeliktstatbestände berufen. Tatsächlich aber bildet § 148 d. Grundtatbestand, wie dies aus unseren vorangehenden Ausführungen ohne weiteres erhellt.

gemäß", wie Oetker meint. Die hierfür von ihm gegebene Begründung, „denn wer verbotswidrig unechtes Geld in den Verkehr bringt, tut es auf die Gefahr hin, daß der Milderungsgrund (hier die mangelnde Kenntnis des Täters von der Unechtheit des Geldes vor Besitzerlangung) nicht beweisbar ist", hängt m. E. vollkommen in der Luft. Mit gleichem Recht könnte man dann auch sagen:

wer verbotswidrig vorsätzlich einen anderen tötet, tut es auf die Gefahr hin, daß die mangelnde Uberlegung nicht nachweisbar ist; oder:

wer einen anderen tötet, tut es auf die Gefahr hin, daß nicht beweisbar ist, daß die Tötung erst auf ernstliches Verlangen des Getöteten hin erfolgt war. Dem ist aber keineswegs so. Der Grundsatz „in dubio pro reo" ist nach wie vor in Geltung und nichts kann vom Standpunkt der materiellen Gerechtigkeit aus gegen ihn geltend gemacht werden. Es kann also der Richter einen Angeklagten auch wegen Mordes nur verurteilen, wenn er die sichere Überzeugung hat, daß

1. der Angeklagte mit Überlegung und nicht nur vorsätzlich und

2. nicht erst auf ernstliches Verlangen des Getöteten hin

gehandelt hat. Bleiben dem Richter in dieser Hinsicht Zweifel — die bloße Denkbarkeit, es könne die Überlegung bei der Ausführung gefehlt, ernstliches Verlangen des Getöteten vorgelegen haben, genügt freilich nicht [7]), — so hat Bestrafung aus § 212 bezw. § 216 zu erfolgen.

„Nur das voll Bewiesene kann für den Richtung Geltung haben", sagt Oetker sehr treffend an anderer Stelle (S. 408 desselben Aufsatzes). Und trotzdem eindeutige Feststellung eines Münzverbrechens in einem Fall, wo die gravierendsten Momente der hierfür in Betracht kommenden Tatbestände der §§ 146 Fall 1; 147 gerade nicht erweisen werden konnten?

Ein Verhältnis des Mehr zum Weniger besteht weiterhin unzweifelhaft zwischen versuchtem und vollendetem Verbrechen. „Denn jede Straftat durchschreitet die Stufe des Versuchs" [8]). Hat das Gericht zum Beispiel festgestellt, daß der Angeklagte zunächst den Versuch einer Abtreibung begangen hat, sich jedoch nicht voll davon überzeugen können, daß das angewandte Mittel für den Fruchtabgang ursächlich war, so hat eindeutige Verurteilung wegen versuchter Abtreibung zu erfolgen. Eine Wahlfeststellung kann auch hier ihrem Wesen nach nicht in Frage kommen [9]).

b) Hatten wir es bisher mit Fällen zu tun, bei denen unzweifelhaft die in Frage stehenden Tatbestände nicht in einem Verhältnis des Entweder/Oder (Ausschließungsverhältnis), sondern in einem solchen des Mehr zum Weniger zueinander standen, so gelten die folgenden Untersuchungen einer Reihe von Fällen, bei denen es sehr fraglich erscheint, welches Verhältnis zwischen den beiden in Betracht kommenden Tatbeständen obwaltet.

---

7) Mit Recht betont Oetker (GS. 106, 405), daß der Gewißheitsgrad, der im Prozeß allein erreichbar ist, durch die bloße Denkbarkeit des Gegenteils nicht in Frage gestellt wird, weil als logisch und mathematisch gewiß Tatsachen sich niemals erweisen lassen.

8) Vgl. Zeiler, D. Justiz 1936/905.

9) In diesem Sinne z. B. auch Ostern, S. 76 f.; Zaum S. 9.

aa) Tagtäglich kommt es in der Praxis der Strafgerichte vor, daß die Prüfung der Schuldfrage den Zweifel zurückläßt, ob das Tun des Angeklagten als vorsätzlich oder als fahrlässig zu qualifizieren ist, ob z. B. Meineid oder fahrlässiger Falscheid, vorsätzliche oder fahrlässige Tötung, vorsätzliche oder fahrlässige Brandstiftung vorliegt.

Gemäß seinen Grundsätzen hatte das Reichsgericht seither eine wahlweise Feststellung von vorsätzlich und fahrlässig begangener Straftat deshalb von vornherein abgelehnt, weil es sich hierbei nicht um gleichwertige Ausführungsarten derselben Straftat handelte. Es kam jedoch darum nicht zu einer Freisprechung des Angeklagten, was praktisch „die Lahmlegung eines großen Teils der Strafrechtspflege auf dem Gebiete der Tötungs-, Körperverletzungs- und Eidesdelikte bedeutet" hätte [10]), sondern gestattete, wenn das Vorliegen von Vorsatz unsicher, von Verschulden aber sicher war, die eindeutige Feststellung, daß der Angeklagte die in Frage stehende Straftat fahrlässig begangen habe. Daß das Reichsgericht damit der Sache nach das Richtige getroffen hatte, kann wohl nicht bezweifelt werden: Die Bedürfnisse der Strafrechtspflege erfordern in derart zweifelhaften Fällen eine Verurteilung des Angeklagten wenigstens auf Grund des milderen Gesetzes, also wegen fahrlässiger Tötung, wegen fahrlässigen Falscheides, wegen fahrlässiger Brandstiftung usw. Denn eine offenbar schuldhafte Handlung, die das Strafgesetz nicht nur bei vorsätzlicher Begehung unter Strafe stellt, kann nicht deshalb unbestraft gelassen werden, weil die Art des Verschuldens nicht sicher bestimmbar ist.

Es bleibt aber sehr die Frage, ob man hier ohne Zuhilfenahme des Notbehelfs der Wahlfeststellung und, wie das Reichsgericht es will, trotz erheblichen Verdachtes der vorsätzlichen Begehung zu der eindeutigen Feststellung gelangen kann, daß der Angeklagte die betreffende Straftat fahrlässig begangen habe.

Die Frage ist ausdrücklich von all den Schriftstellern [11]) verneint worden, die vor Einsetzung der neuesten Entwicklung (Ende 1933) gegen den Standpunkt des Reichsgerichts in der Alternativitätsfrage Sturm liefen. Sie alle erblickten in der Zulassung der Wahlfeststellung das „einzige Heilmittel" (Rumpf S. 113), um in den zweifelhaften Fällen unserer Art zu der einzig befriedigenden Lösung, Verurteilung wegen fahrlässiger Begehung der betreffenden Straftat gelangen zu können. Diese an sich so auffallende Einigkeit in einer so zweifelhaften Frage ist indessen leicht erklärlich. Galt es doch für die Befürworter der Wahlfeststellung praktisch zu zeigen, wie notwendig die Lösung des Problems der Zulässigkeit von Alternativschuldfeststellungen in ihrem Sinn (im Sinne einer allgemeinen Zulassung der Wahlfeststellung) war!

Das Reichsgericht und seine Anhänger aber mußten dartun, daß man in den so häufig vorkommenden Fällen, in denen sich nicht zweifelsfrei ermitteln läßt, ob der Angeklagte das Delikt vorsätzlich oder fahrlässig begangen hat, sehr wohl auch ohne Wahlfeststellungen zu einer Verurteilung des Angeklagten wegen fahrlässiger Straftat gelangen kann.

---

10) Siehe dazu Mannheim in JW. 27, 2513 f.
11) z. B. von Zeiler, D. Justiz 1934, 905. Nüse S. 59 f. Rumpf II, 112 f.

Die Streitfrage ist durch Zulassung der Wahlfeststellung in § 2b keineswegs erledigt worden. Denn gleichwohl bleibt, wie wir bereits erwähnten, die alternative Schuldfeststellung im Strafurteil eine Notlösung, der gegenüber die wohlbegründete eindeutige Feststellung entschieden der Vorzug gebührt. Dies gilt aber in ganz besonderem Maße, wenn, wie hier, Tatbestände in Frage kommen, zwischen denen in sittlicher Beziehung ein so weiter Abstand besteht. „Wenn es auch tragbar ist, daß die Frage offen bleibt, ob der Täter Dieb oder Hehler, Dieb oder Betrüger ist, so kann doch die Frage, ob jemand ein Meineidiger oder nur ein leichtsinniger Mensch ist, ob er des Mordes oder nur einer fahrlässigen Tötung schuldig ist, auch in den Urteilsgründen im allgemeinen nicht unentschieden bleiben". Den Ausführungen Karl Schäfers in JW. 1935, 2326, denen dieses Zitat entnommen ist, können wir insoweit nur zustimmen. Was indessen Schäfer zur Begründung seines Standpunktes, nämlich, daß eine wahlweise Feststellung von Vorsatz und Fahrlässigkeit in der Regel nicht in Betracht kommt, sagt, kann uns nicht überzeugen. Dies gilt insbesondere von folgendem entscheidenden Satz seiner Darlegungen:

„. . . . wahldeutige Schuldfeststellung regelmäßig kein Raum." „Denn, wenn der Richter zu dem Ergebnis kommt, daß dem Täter Vorsatz nicht nachzuweisen ist, so scheidet eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Begehung ohne weiteres aus, sie kann *also* auch nicht wahlweise erfolgen. Er muß vielmehr dann weiter prüfen, ob fahrlässige Tatbegehung in Frage kommt".

Wenn Vorsatz nicht nachzuweisen ist, so verbietet sich damit allerdings die eindeutige Feststellung, der Täter habe die Tat vorsätzlich begangen. Daraus folgt indessen nicht — (wenigstens nicht so ohne weiteres, wie Schäfer meint) — daß auch eine wahlweise Feststellung vorsätzlicher Tatbegehung entfällt. Das ist ja gerade das Wesen der Alternativität, daß die einzelnen Glieder der Alternative nicht feststehen. Nehmen wir hierzu den oben auf S. 10 besprochenen Fall, der mit dem Fall des Zweifels, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt, gemeinsam hat, daß das „rechtlich kennzeichnende der Tat äußerlich nicht erkennbar hervortritt" [12]), weil der äußerlich wahrnehmbare und feststellbare Sachverhalt keinen sicheren Schluß auf die Willensrichtung des Täters erlaubt:

Der Täter hat nächtlicherweise ein allein des Weges kommendes Mädchen zu Boden geworfen und wird verscheucht, bevor er weiteres tut. Unaufgeklärt bleibt, ob der Täter es auf einen Geschlechtsverkehr mit seinem Opfer oder auf dessen Geldbörse abgesehen hatte.

Damit, daß dem Täter Notzuchtsvorsatz nicht nachzuweisen ist, scheidet lediglich eine *eindeutige* Feststellung von Notzuchtsversuch aus, wohl aber kann sie wahlweise erfolgen. Denn eine „Feststellung ist *nur wahlweise* möglich", wenn man sich nicht mit der eindeutigen Feststellung von Nötigung (§ 240 StGB.) begnügen will.

Die beiden hier nebeneinander gestellten Alternativen, vorsätzliche und fahrlässige Tatbegehung einerseits, Raub und Notzuchtsversuch andererseits, weisen allerdings darin eine wesentliche Verschiedenheit auf, daß bei der

---

12) Zeiler DRZ. 1914, 527, der diesen Fall mit dem unsrigen in einer Gruppe zusammengestellt!

ersteren zwischen den beiden in Frage stehenden Tatbeständen zwar in sittlicher Beziehung ein weiter Abstand besteht, nicht aber wie bei der letzteren zugleich auch in gesetzlicher Beziehung.

Die Tatbestände des Raubes und der Notzucht gehen gleichsam in ihrer Wurzel auseinander, wenngleich bei beiden das Mittel der Begehung dasselbe ist und sie daher als gemeinsamen Rechtskern die Nötigung aufweisen. Davon abgesehen aber gewähren die Strafdrohungen der beiden in Betracht kommenden Strafgesetze Rechtsgütern Schutz, die ihrem Wesen nach völlig verschieden sind.

Die Tatbestände des Meineides und des fahrlässigen Falscheides, der vorsätzlichen und fahrlässigen Tötung usw. dagegen unterscheiden sich jeweils nicht sowohl hinsichtlich des geschützten Rechtsgutes, sondern lediglich hinsichtlich der Art des erforderlichen Verschuldens[13]).

Die Frage, ob darum eine Wahlfeststellung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Begehung der sonst gleichen Tat sich verbietet und eine eindeutige Tatbestandsfeststellung möglich ist, bedarf einer eingehenden Untersuchung. Vorerst soll jedoch noch Stellung zu den Ausführungen Grünhuts[14]) genommen werden, der insofern dieselbe Ansicht wie Schäfer vertritt, als er es anscheinend darauf abstellt, ob ein oder mehrere Lebensvorgänge in Frage stehen. Nur in letzterem Falle — (der wohl nur sehr selten sich ereignen wird, vgl. das Beispiel bei Schäfer in JW. 1935, 2326, 1 letzter Absatz) — soll, wenn ich Schäfer richtig verstehe, Raum für Wahlfeststellung sein, dagegen nicht in den Regelfällen, in denen „die Identität der Tat auf der Einheit der Handlung beruht". In diesen Fällen erachtet Grünhut die Wahlfeststellung überhaupt für unzulässig, sodaß z. B. auch in dem oben geschilderten Fall, — (Raub- oder Notzuchtsversuch) — eine wahlweise Feststellung der in Betracht kommenden Tatbestände der §§ 249/177 nicht stattfinden könnte. Der Angeklagte könnte also lediglich wegen Nötigung (§ 240) bestraft werden. Bereits diese Folgerung bringt die Grünhutsche Ansicht zu Fall.

Aber auch gegen die Begründung lassen sich m. E. gewichtige Bedenken geltend machen.

Ist Einheit der Handlung im Sinne von § 73 gegeben, so soll nach Grünhut „für alternative Tatsachenfeststellungen kein Raum, sondern lediglich eine verschiedene rechtliche Beurteilung möglich sein, bei der die einzelnen gesetzlichen Tatbestände in einem kumulativen (§ 73 StGB.) oder Eventualverhältnis (§ 265 StPO.) stehen können, die aber stets eindeutiger Entscheidung bedürftig und fähig ist". Es bliebe daher trotz ihrer verschiedenen psychologischen Merkmale die Entscheidung zwischen den beiden Schuldelementen Vorsatz und Fahrlässigkeit eine Frage der rechtlichen Beurteilung der gleichen Handlung.

Die Frage, ob z. B. X, der unter Eid eine unwahre Aussage gemacht hat, dadurch des Meineides oder fahrlässigen Falscheides schuldig geworden ist, stellt sich aber keineswegs lediglich „als eine Frage der rechtlichen

13) Ob vorsätzliches Handeln gegenüber dem fahrlässigen Handeln lediglich ein Mehr oder ein Handeln ander Art ist, wird unten noch ausführlich zu erörtern sein.

14) Mo. Schri. Krim. Psych. 1934, S. 337.

Beurteilung" d. h. als eine Rechtsfrage dar. Vielmehr handelt es sich hierbei zunächst und vor allem um die Frage nach dem Vorliegen eines so oder so gearteten seelischen Sachverhalts. Was aber so oft den Zweifel zurückläßt, ob ein im übrigen feststehendes Tun des Angeklagten als vorsätzlich oder fahrlässig zu qualifizieren ist, beruht — wenigstens in den meisten Fällen — nicht sowohl auf der Flüssigkeit der Grenzen von Vorsatz und Fahrlässigkeit [15]), sonderen auf der geringen Aufklärbarkeit der entsprechenden psychologischen Sachverhalte im einzelnen Zweifelsfalle.

Die Frage, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt, betrifft in der Praxis also regelmäßig das Gegebensein von seelischen Tatsachen. Und erst wenn diese feststehen, kann man mit Grünhut sagen, daß die Entscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit „eine Frage der rechtlichen Beurteilung der gleichen Handlung" sei. Dann allerdings ist kein Raum für Wahlfeststellungen, bei denen es sich zunächst immer nur um wahlweise Feststellungen von Tatsachen handelt, die erst eine Mehrdeutigkeit des Subsumtionsschlusses nach sich zieht oder auch nicht [16]).

Ist aber der hinsichtlich der Schuldfrage zurückgebliebene Zweifel auf die häufig so geringe Aufklärbarkeit des strafrechtlich zu beurteilenden Sachverhalts nach seiner subjektiven Seite hin zurückzuführen, so steht der Umstand einer Wahlfeststellung nicht entgegen, daß äußerlich nur eine Handlung in Frage steht [17]). Daß auch innere (seelische) Tatsachen in dem Ausschließungsverhältnis eines Entweder/Oder stehen können, bedarf keines näheren Erweises. Es bleibt aber die Frage, wie es in dieser Beziehung mit den beiden Schuldarten steht.

Erblickt man nämlich in der Fahrlässigkeit lediglich ein Minus gegenüber dem Vorsatz, ist also die fahrlässige Tatbegehung vollständig in der vorsätzlichen mitenthalten, so kann eine Wahlfeststellung zwischen beiden nicht in Betracht kommen. Vielmehr ist dann, wenn Verschulden feststeht und nach dem Beweisergebnis sowohl Vorsatz wie Fahrlässigkeit möglich ist, ein bestimmter Nachweis des Vorsatzes sich aber nicht führen läßt, fahrlässige Tatbegehung als das Minus eindeutig festzustellen.

Es gilt also im folgenden, das Verhältnis der beiden Schuldarten zueinander klarzustellen.

Die Auffassung, daß dieses Verhältnis sich als ein solches des Mehr zum Weniger kennzeichne, hat im einschlägigen Schrifttum mehrere Vertreter gefunden [18]). Es kann nicht Wunder nehmen, daß es sich hierbei um grundsätzliche Gegner der Wahlfeststellung handelt, denen es darauf ankam, zu zeigen, daß man gerade auch hier ohne Wahlfeststellungen zu einem befriedigenden Ergebnisse gelangen könne.

Die herrschende Ansicht aber sieht die Schuldarten nicht als im Verhältnis von Plus und Minus sondern in dem der Ausschlie-

---

15) Die Frage der Grenzziehung zwischen den beiden Schuldarten ist allerdings lediglich eine Rechtsfrage.

16) Siehe oben Seite 13.

17) Dies auch gegen Lobe in GS. 104, 168, der anzunehmen scheint, daß bei der alternativen Feststellung schon immer auch die äußere Handlung selbst nicht sicher feststellbar ist. —

18) Ostern 77; H. Mayer JW. 34, S. 299.

ßung zueinander stehend an[19]). Auf sie haben sich ohne Ausnahmen alle die Schriftsteller berufen[20]), dei seither für eine erweiterte Zuläsigkeit von wahlweisen Feststellungen im Strafurteil eingetreten sind. Unter Zugrundelegung der Auffassung, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit einander ausschließen, sei gerade „das Gebiet der Schuldlehre ein wichtiges Gebiet für alternative Feststellungen". Bei einem Zweifel, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt, könne man ohne die Zuhilfenahme der Wahlfeststellung zu einer Verurteilung wegen fahrlässig begangener Straftat nicht kommen und müsse daher freisprechen![21]). Denn es sei ja nicht so, daß, wenn Verschulden gegeben ist, aber Vorsatz nicht mit Sicherheit bejaht werden kann, Fahrlässigkeit immer noch übrig bleibe. Vielmehr sei zur Feststellung der Fahrlässigkeit immer noch erforderlich, daß der Täter sich die Verwirklichung des strafbaren Tatbestandes nicht vorgestellt hat[22]), letzteres aber könne man nur dann feststellen, wenn jeder ernstliche Zweifel ausscheide, ob nicht der Täter doch die zum Vorsatz erforderliche Vorstellung besaß[23]).

Auch das Reichsgericht hat sich in der Frage nach dem Verhältnis der beiden Schuldarten auf den Boden der herrschenden Ansicht gestellt[24]). Dennoch verurteilt es, wie wir oben (S. 20) bereits kurz erwähnten, den Angeklagten eindeutig wegen fahrlässiger Begehung der in Frage stehenden Straftat. So hat das Reichsgericht mehrfach sich dahingehend ausgesprochen, daß eine Bestrafung wegen fahrlässigen Falscheides nicht darum ausgeschlossen sei, weil der Verdacht eines Meineides besteht[25]).

Betrachten wir die in RGSt. 41, 389 veröffentlichte Entscheidung des ersten Senats vom 2. 7. 1908:

Die Strafkammer hatte den wegen fahrlässigen Falscheides beschuldigten Angeklagten freigesprochen, weil erhebliche Verdachtsmomente bestehen blieben, daß der Angeklagte in Kenntnis von der Unwahrheit des Beschworenen den Eid geleistet habe. Diese festgestellte Möglichkeit schließe notwendig einen lückenfreien Beweis dafür aus, daß der Angeklagte in Unkenntnis von der Unwahrheit seiner Aussage gehandelt habe; es bedürfe daher keiner Erörterung, ob die etwaige Unkenntnis auf Fahrlässigkeit beruhe!

Diese rein denkmäßige Betrachtung vermochte indessen nicht die Billigung des Reichsgerichts zu finden. Allerdings sei es mit der „Schuldform der Fahrlässigkeit unvereinbar, daß der Schwörende Kenntnis von der Unwahrheit der beschworenen Tatsache habe". Sei aber der Nachweis einer solchen

---

19) z. B. Olshausen § 59 N. 16 und 17; Frank § 59, VIII.

20) Rumpf II, 112/3; Zeiler, zuletzt in ZStW. 53, 252; v. Dassel 164; Zaum 8 f.; Wickede 21; Ehrhardt 18; Nüse 59 f.; Schwabe S. 16.

21) Rumpf II, 113 und 114.

22) Dies gilt natürlich nur von der unbewußten Fahrlässigkeit. (Bei der bewußten Fahrlässigkeit stellt sich der Täter den Erfolg zwar vor, jedoch als zu unwahrscheinlich, indem er die Gefahr verneint).

23) Vergl. Wickede S. 21.

24) So klar und deutlich in E. 4, 198: „Ist es hiernach unrichtig, die Fahrlässigkeit als ein bloßes Minus des Vorsatzes, die Bejahung des Vorsatzes also ohne weiteres auch als eine Bejahung der Fahrlässigkeit aufzufassen" . . . .

25) z. B. RGSt. 4, 198; 7, 185; 41, 389; vgl. ferner 59, 83 (Zweifel, ob vorsätzliche oder fahrlässige Tötung).

Kenntnis nicht voll erbracht, so werde das Gericht durch nichts gehindert zu prüfen und zu erörtern, ob die etwaige Unkenntnis des Schwörenden, die dann zu seinen Gunsten anzunehmen sei, auf Fahrlässigkeit beruhe". Der Richter habe dann die Beweisgründe, die ihm für eine vorsätzliche Begehnung sprechen, soweit diese unvereinbar mit der Annahme von Fahrlässigkeit sein sollten, „aus seinem Gedankengange auszuschalten"; denn „nur auf diese Weise werde er seiner Aufgabe gerecht werden können, das Strafgesetz wirksam gegen schuldhafte Verletzungen jeder Art zur Geltung zu bringen und gleichwohl dem Schuldigen nicht Unrecht zu tun".

Die am Schluß getroffene Erwägung ist gewiß verständig und leuchtet unmittelbar ein. Im übrigen aber macht die Begründung einen gekünstelten Eindruck und läßt, wie Rumpf [26]) in seiner Kritik zur reichsgerichtlichen Rechtsprechung richtig bemerkt, „durchaus die einfachen und klaren Linien vermissen". Denn einerseits möchte das Reichsgericht nicht von seiner bisher immer vertretenen Auffassung, daß die beiden Schuldarten in einem Ausschließungsverhältnis zueinander stehen, abgehen, andererseits möchte es scheinbar wohl für diesen Fall eine Ausnahme machen [27]). Jedenfalls erscheinen die Ausführungen nach dieser Richtung hin widerspruchsvoll und laufen im Grunde darauf hinaus, daß das zwischen den Schuldarten obwaltende Ausschließungsverhältnis nicht ausschließe, daß der Richter trotz schweren Verdachtes auf Vorsatz eindeutig wegen fahrlässig begangener Straftat verurteilen könne [28]): Ja es solle im Ratsgericht ein Richter, der sich vom Vorliegen des Vorsatzes überzeugt und dementsprechend seine Stimme abgegeben habe, nachher dennoch mit gutem Gewissen für das Vorliegen von Fahrlässigkeit stimmen können, nämlich dann, wenn sich für Vorsatz nicht die erforderliche Mehrheit gefunden habe.

Es läßt sich schwerlich leugnen, daß die Erklärung eines solchen Richters, der Täter habe die Tat „jedenfalls fahrlässig" begangen, an einer inneren Unwahrheit leidet. Mit Recht bemerkt hierzu Alsberg in JW. 1925/2138, daß die Forderung des RG. im Effekt darauf hinauslaufe, daß in solchen Fällen die „überstimmten Richter zu einer Fiktion greifen sollen, die sie innerlich ablehnen".

Aber bedeutet es nicht auch für den Einzelrichter eine Zumutung, eindeutig festzustellen, der Angeklagte habe fahrlässig einen Falscheid geleistet, obschon er nahezu davon überzeugt ist, daß der Angeklagte sich eines Meineides schuldig gemacht hat? Wenn es, wie das RG. sagt, „mit der Schuldform der Fahrlässigkeit unvereinbar ist, daß der Schwörende Kenntnis von der Unwahrheit der besprochenen Tatsache habe", so besagt dies, daß die Überzeugung, der Angeklagte habe fahrlässig gehandelt, bedingt ist durch die gleichzeitige Überzeugung, daß er sicher keine Kenntnis gehabt hat von der Unrichtigkeit des Beschworenen. M. a. W.: die Überzeugung des feststellen-

---

26) „Strafrichter" II, 204.

27) In diesem Sinne versteht auch Zeiler in ZStW. 53/252 die oben wiedergegebenen Ausführungen des Reichsgerichts und wendet sich dann scharf gegen die Auffassung, daß Fahrlässigkeit ein Minus gegenüber dem Vorsatz sei.

28) Vergl. Rumpf, Strafrichter II, 212!

den Richters von dem Gegebensein der unter den Begriff der fahrlässigen Eidesverletzung zu subsumierenden psychologischen Tatsachen schließt notwendig die Überzeugung ein, daß nur sie vorliegen und nicht außerdem solche Tatsachen ernstlich in Frage kommen, die mit der Feststellung von fahrlässigem Verhalten unvereinbar sind.

So ergibt sich, daß bei Annahme eines zwischen den Schuldarten obwaltenden Ausschließungsverhältnisses fahrlässige Tatbegehung solange nicht als sicher erwiesen und darum auch nicht eindeutig festgestellt werden kann, als noch ein ernstlicher Zweifel nach der Richtung besteht, ob nicht doch der Angeklagte sich die Verwirklichung des strafbaren Tatbestandes vorgestellt hat. Es ist also den oben genannten Schriftstellern[29]) darin zuzustimmen, wenn sie unter Zugrundelegung der Auffassung, daß die Fahrlässigkeit nicht ein Minus, sondern ein Aliud gegenüber dem Vorsatz ist, behaupten, der einzig gerade und folgerichtige Weg aus den Zweifeln, wie sie aus der oft nur allzugeringen Aufklärbarkeit des psychologischen Sachverhaltes entstehen, sei der, Vorsatz und Fahrlässigkeit wahlweise festzustellen und den Angeklagten aus dem mildesten Gesetz, also dem, das die fahrlässige Tatbegehung unter Strafe stellt, zu bestrafen.

Es bleibt aber die Frage, ob, was das Verhältnis der beiden Schuldarten betrifft, nicht einer anderen Auffassung der Vorzug zu geben ist.

Hören wir zunächst, was uns die bereits oben (S. 23) genannten Schriftsteller, die in der Fahrlässigkeit ein Weniger gegenüber dem Vorsatz erblicken, zu sagen haben:

Ostern: (S. 77) „Denn definiert man mit Binding den Vorsatz als das bewußte Wollen einer Normwidrigkeit, die Fahrlässigkeit als das unbewußte Wollen, so unterscheidet sich eben der Vorsatz von der Fahrlässigkeit nur durch Hinzutreten eines weiteren Momentes, nämlich des Wissens um die Normwidrigkeit."

„Sieht man den Vorsatz als die Voraussicht des Erfolges, die Fahrlässigkeit als das Voraussehenmüssen an, so nimmt, wer meint, der Verbrecher besaß die Voraussicht, implicite auch an, er mußte sie besitzen, denn sonst hätte er sie nicht besessen; auch nach dieser Auffassung ist also der Vorsatz ein Mehr, nicht ein Anders gegenüber der Fahrlässigkeit".

Und Hellmut Mayer: in JW. 1934/S. 299: „In allen sonstigen wichtigen und in der Praxis peinlichen Fällen ist eindeutige Feststellung des leichteren Verbrechens geboten. Hierbei ist stets der Grundgedanke, daß das leichtere Delikt schon vollständig in dem schwereren mitenthalten ist" . . . . Ebenso „ist im Zweifel zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit eindeutig die fahrlässige Straftat festzustellen".

Diese Auffassung von dem Verhältnis der Schuldarten kann nicht als richtig anerkannt werden. Es ist keineswegs gesagt, daß derjenige, der den Erfolg vorausgesehen „hat" (Vorsatz), denselben immer auch hätte voraussehen „können" und „müssen" (unbewußte Fahrlässigkeit); denn es ist sehr wohl auch möglich, daß der Täter bei seinem Handeln den strafbaren Erfolg nur zufällig vorausgesehen hat, daß also sein Handeln als schuldloses zu beurteilen wäre, wenn er die Voraussicht nicht besessen hätte (und nicht etwa

29) Siehe S. 24, Anmerkung 20.

als fahrlässige Tatbegehung). Es ist eben keineswegs immer an dem, wie Ostern glaubt, daß „wer meint, der Verbrecher besaß die Voraussicht, implicite auch annimmt, er „konnte" und „mußte" sie besitzen, denn sonst hätte er sie nicht besessen".

Und denken wir insbesondere an die bewußte Fahrlässigkeit: Der Angeklagte, der mit dem Eintritt des Erfolges einverstanden ist, kann unmöglich zugleich gehofft haben, der Erfolg trete nicht ein. Es schließt also die Feststellung von Vorsatz niemals die Feststellung von bewußter Fahrlässigkeit als das Geringere in sich.

So zeigt sich, daß infolge der verschiedenen psychologischen Einstellung des Täters (der Verschiedenheit seines Seelenzustandes) je nachdem, ob er vorsätzlich oder fahrlässig handelt, es sich bei den Schuldformen um zwei grundsätzlich voneinander verschiedene Erscheinungsformen der schuldhaften Begehung eines Verbrechens handelt [30]): Die Fahrlässigkeit hat im Vergleich mit dem Vorsatz nicht etwa geringere, sondern andere Voraussetzungen.

Und doch möchten wir dem Reichsgericht im Ergebnis beipflichten, wobei auch wir daran festhalten, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit einander ausschließen, Fahrlässigkeit also gegenüber Vorsatz kein bloßes Minus, sondern ein Aliud ist. Denn so verschieden auch die beiden Schuldformen in psychologischer Hinsicht sind, so haben sie doch ihre gemeinsame Grundlage in dem schuldhaften Willen, „der nicht nur bei erkannter, sondern auch bei einer dem Täter erkennbaren Kausalität vorliegt" [31]). In dieser Hinsicht erscheint die Fahrlässigkeit im Vergleich mit dem Vorsatz nicht als etwas völlig anderes, sondern als das geringere Maß an Vorwerfbarkeit und damit als geringere Schuld. Auch der Laie „sieht im Vorsatz nicht etwas völlig anderes gegenüber der Fahrlässigkeit, sondern in erster Linie ein Mehr, d. h. etwas Schlimmeres" [32]). Rein psychologisch betrachtet ist allerdings Vorsatz gegenüber der Fahrlässigkeit ein Aliud, ethisch gesehen aber ein Mehr an Verschulden. Nur darum erscheint es auch uns gerechtfertigt, fahrlässige Tatbegehung eindeutig als das geringere festzustellen, wenn sicher feststeht, daß der Täter, unterstellt, er habe die Voraussicht des Erfolges nicht besessen, fahrlässig gehandelt hat [33]).

Daß dieses Verfahren — eindeutige Schuldfeststellung trotz gebliebener Zweideutigkeit des seelischen Sachverhalts — jedenfalls im Ergebnis den Vorzug verdient, wird niemand bestreiten können. Die Urteilsgründe bleiben ja nicht geheim; darum kann möglicherweise dem Täter hinsichtlich seines Rufes zu Unrecht ein schwerer Nachteil entstehen, wenn beispielsweise in den Urteilsgründen die Frage offen geblieben ist, ob er

30) Friedrich Schwarz, S. 10 und S. 9.

31) Oetker in GS. 1936 S. 415. — Es ist nicht etwa so, daß nur der Vorsatz eine Willensschuld, die Fahrlässigkeit dagegen eine Verstandesschuld darstellt, sondern es trifft jede Schuld das Willensvermögen des Menschen. Denn das Wesen der Schuld ist in einem Zuwiderhandeln gegen Gebote des Sollens begründet. „Das Sollen aber richtet sich an das Wollen, nicht an das Verstehen oder Vorstellen." Vergl. hierzu Sturm in ZStW. 53, 29.

32) Friedrich Schwarz S. 96.

33) So auch neuerdings Niethammer in Olshausen, Ergänzungsband S. 30.

sich eines Mordes oder einer fahrlässigen Tötung schuldig gemacht hat. — Es wäre sehr zu begrüßen, wenn der Gesetzgeber ausdrücklich eine Wahlfeststellung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit für unstatthaft erklären und bestimmen würde, daß der Täter im Zweifel eindeutig wegen fahrlässiger Tatbegehung zu verurteilen ist.

bb) Ebensowenig wie die Schuldform stehen auch die Teilnahmeformen (Beihilfe und Anstiftung) zur Haupttäterschaft, wie auch Beihilfe und Anstiftung untereinander im Verhältnis von Plus und Minus. Insbesondere stellt auch die Mittäterschaft kein bloßes Mehr gegenüber der Beihilfe dar, wenn man vom Boden der subjektiven Teilnahmelehre aus urteilt [34]). Denn der „animus socii" ist gegenüber dem „animus auctoris" kein bloßes Minus, sondern ein Aliud. Gleichwohl hat das Reichsgericht bei einer wahlweisen Feststellung von Mittäterschaft und Beihilfe eine eindeutige Verurteilung wegen Beihilfe bestätigt [35]). Und das mit Recht, da ethisch gesehen, die Beihilfe gegenüber der Mittäterschaft das Geringere ist. — Es gilt hier entsprechend dasselbe wie bei den Schuldformen.

2. Vom Gesetz nicht getroffene Fälle. Wahlfeststellung bei eindeutigem Feststehen der verletzten Gesetzesbestimmung.

§ 2b spricht klar und eindeutig von „mehreren Strafgesetzen". Darum fallen alle diejenigen Fälle der Wahlfeststellung [36]), bei denen die verletzte Gesetzesbestimmung eindeutig feststeht, nicht unter die neue Vorschrift.

Die Wahlfeststellung zwischen verschiedenen „Modalitäten" desselben Strafgesetzes war schon nach bisher geltendem Recht zulässig. Sie ist es erst recht heute. — In diesen Fällen ist eine Bezugnahme auf § 2b weder notwendig noch richtig [36]).

Auch der Fall der reinen Tatsachenalternativität — (es gibt, wie gesagt, nur einen, nämlich den, in dem der Angeklagte zwei einander widersprechende Eide über dieselbe Tatsache geschworen hat [37]), — wird nicht durch § 2b erfaßt. Hier ist eine Wahlfeststellung nach wie vor aus rein prozessualen Gründen unzulässig. Damit kommen wir zu dem nächsten Abschnitt der Arbeit, der von den Voraussetzungen handelt, welche die Strafprozeßordnung an die Zulässigkeit von wahlweisen Feststellungen stellt.

---

34) Anders vom Standpunkt der objektiven Teilnahmetheorie: Täter wie Gehilfe verursachen den Erfolg (a); als weiteres Moment (b, das „Plus"!) tritt bei dem Täter die besondere Beschaffenheit der Ursachsetzung hinzu.

35) Mitgeteilt bei Nüse, Abhandl., S. 86.

36) Näheres hierzu: siehe oben S. 12 f.

37) siehe oben S. 12.

II. Die Voraussetzungen der StPO. für die Wahlfeststellung.

„Ohne Tatindividuum keine Schuldfeststellung, keine Strafgesetzanwendung".

Oetker, in GS. 106 S. 417.

1. Wie wir bereits zu Beginn dieses Teils der Arbeit betont haben, hat die Vorschrift des § 2b subsidiären Charakter: Ziel eines jeden Strafverfahrens ist und bleibt die eindeutige Aufklärung des Sachverhalts. Raum für Wahlfeststellung eröffnet sich dem Richter erst dann, wenn trotz Anwendung aller zur Verfügung stehenden angemessenen Mittel eine eindeutige Aufklärung des Tatverlaufs sich als unmöglich erwiesen hat. Dies ergibt sich klar aus dem Wortlaut des § 2b und noch deutlicher weist die amtliche Begründung des Gesetzes darauf hin.

2. Dagegen hat das Gesetz nicht zum Ausdruck gebracht, ob die Zulässigkeit der Wahlfeststellung durch das Erfordernis der „Identität der Tat" im Sinne von § 264 StPO. begrenzt sein soll. Aus § 2b ist mit Sicherheit nur soviel zu entnehmen, daß wahlweise Feststellungen jedenfalls in dem Sinne unbegrenzt zulässig sind, als es auf irgendwelche Gleichheit oder Verwandtschaft der alternativ in Betracht kommenden Tatbestände nicht ankommt, das Gesetz also bewußt jene Grenzen hat fallen lassen, die alternativen Feststellungen bisher durch die Rücksicht auf die „Identität des gesetzlichen Tatbestandes" sowie der „Gleichheit der gesetzlich bestimmten Strafe" nach Ansicht der herrschenden Lehre gezogen waren.

Wie aber steht es mit der Schranke des § 264 StPO., die für jede Verurteilung gilt und die daher nicht nur das Reichsgericht, sondern auch die meisten Vorkämpfer alternativer Feststellungen im Strafprozeß[39]) der Verurteilung auf Grund wahldeutiger Feststellungen gesetzt hatten? Sollte auch diese Schranke durch § 2b überwunden und damit das Prinzip der Tatidentität, soweit es sich um Wahlfeststellungen handelt, preisgegeben werden? Die Frage bedarf eingehender Erörterung, zumal sie auch praktisch von so großer Tragweite ist.

Im Kommentar von Leopold Schäfer-Lehmann-Dörffler („Referentenkommentar") findet sich der Satz: „Das Strafgesetzbuch gibt insbesondere Antwort auf die Frage, ob Identität der Tat vorliegen muß" (S. 61 Erl. 1 zu § 267) und beantwortet sie an anderer Stelle (S. 18 Erl. 2 zu § 2b) ohne jede nähere Darlegung dahingehend, daß Identität der Tat im Sinne des § 264 StPO. keine Schranke für die Wahlfeststellung bedeute. Im gleichen Sinne hat sich Karl Schäfer in JW. 35, 2326 geäußert, wiederum ohne jede Begründung. Tatsächlich aber gibt das Gesetz, wie bereits oben gesagt, über unsere Frage keine klare und unzweideutige Auskunft! Daran kann freilich kein Zweifel sein, daß § 2b seinem Wortlaut nach auch auf die Fälle mangelnder Tatidentität Anwendung finden kann. Allein daraus, daß § 2b jetzt die

39) Nämlich: Rumpf II, 218; Dünhaupt 38; Ehrhardt 37; Grünhut 327 ff.; Schneidewin, Ebermayer, Wachinger, abgedruckt in Nüses Abhandlung Seite 69 ff. und schließlich auch Nüse in JW. 34, 465 im Gegensatz zu seinen früheren Ausführungen in Abhdlg. Seite 56 ff.

Wahlfeststellung ganz allgemein zugelassen hat, darf keineswegs so ohne weiteres geschlossen werden, daß ihre Zulässigkeit auch da keine Schranken finde, wo die Strafprozeßordnung solche errichtet hat, die für jede Feststellung gelten.

In Betracht kommt hier zunächst vor allen § 264 StPO., und es bedarf im folgenden eindringlicher Prüfung, ob diese einer jeden Verurteilung gezogene Schranke auch der durch § 2b erweiterten Zulässigkeit der Alternativverurteilungen Halt gebietet.

Hierbei soll zunächst einmal klargestellt werden, was eigentlich die Schranke des § 264 StPO. ganz allgemein bedeutet.

Es handelt sich um die Frage nach dem Urteilsgegenstand. Die Strafprozeßordnung bezeichnet als solchen „die in der Klage bezeichnete Tat" (§ 155 Abs. I; § 264 Abs. I. StPO.). Da das Urteil Ziel des Prozesses ist, so stellt der Gegenstand des Urteils zugleich den Prozeßgegenstand dar.

Unter der „Tat", die den Prozeßgegenstand bildet, ist nun nicht etwa die „strafbare Tat" im Sinne des materiellen Strafrechts zu verstehen. Vielmehr soll der Begriff „Tat" nur das äußere Geschehen, das „nackte Faktum" (Schwinge S. 218), die „Lebensangelegenheit" (Beling S. 104) ausdrücken, um die sich der Prozeß dreht und deren Erledigung die eigentliche Aufgabe des Gerichtes ist [40]).

Auf die in der Anklage bezeichnete Tat bezieht sich der Eröffnungsbeschluß (vgl. § 207). Die Anklage bildet also in tatsächlicher Hinsicht seine Basis so, daß zwischen beiden, dem Eröffnungsbeschluß und der Anklage, Identität des Beschuldigten und der Tat bestehen muß. Aufgabe des Urteils ist es, den Eröffnungsbeschluß zur Erledigung zu bringen. Es erscheint sonach als Gegenstand der Urteilsfindung die im Eröffnungsbeschluß bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt. § 264 Abs. I StPO. [41]). Dies besagt, daß auch zwischen dem Urteil und dem Eröffnungsbeschluß Identität des Beschuldigten und der Tat vorliegen muß. Urteil und Eröffnungsbeschluß müssen sich also gegen dieselbe Person richten und auf dieselbe Tat, d. h. auf denselben konkreten Lebensvorgang beziehen.

---

40) Zumeist heißt es (sowohl im Schrifttum wie in der Rechtsprechung), daß der Ausdruck „Tat" in § 264 wie in allen anderen Bestimmungen der StPO., die diesen Ausdruck verwenden, im Sinne eines konkreten „historischen Vorkommnisses" zu verstehen sei. Gegen diese Terminologie läßt sich mit Keetsin Liu (S. 8ff.) einwenden, daß man von einem historischen Vorkommnis eigentlich nur dann sprechen kann, wenn es sich um etwas handelt, was sich wirklich ereignet hat. Bei der Tat, als Gegenstand des Prozesses ist aber, wie Beling a.a.O. S. 106 zutreffend betont, immer nur an eine hypothetische Lebensangelegenheit mit hypothetisch strafrechtlichem Charakter zu denken. So meinen es freilich auch alle die, welche Tat = „historisches Vorkommnis" setzen. Hierbei wird dann immer unterstellt, daß die in Frage stehenden, behaupteten Tatsachen sich wirklich ereignet haben sollten.

41) Da nur der Eröffnungsbeschluß bei Beginn der Hauptverhandlung verlesen wird, hätte das Gesetz vielleicht besser gesagt, daß Gegenstand der Urteilsfindung die im Eröffnungsbeschluß bezeichnete Tat sein soll. Das Gesetz wollte aber offenbar in § 264 StPO. noch einmal hervorheben, daß nur die in der Anklage bezeichnete Tat zum Gegenstand der Aburteilung gemacht werden darf. Geht der Eröffnungsbeschluß über die durch

So sehen wir, daß der Gegenstand des Verfahrens — „die in der Anklage bezeichnete Tat" — in allen seinen Stadien der gleiche bleibt und von Anfang an unverrückbar festliegt [42]). Indessen begrenzt die Anklageschrift den Gegenstand richterlicher Kognition nur nach der tatsächlichen Seite. In der rechtlichen Beurteilung können Eröffnungsbeschluß und Urteil voneinander abweichen. Dabei ist es dem Gericht nicht frei gestellt, ob es dies tun will oder nicht. Vielmehr gilt hier der Grundsatz allseitiger Kognition" [43]), der einen identischen Tat, d. h. der Richter muß die festgestellte „Tat" nach allen Seiten hin rechtlich völlig erschöpfen, alle in Betracht kommenden Qualifikationen erwägen und dementsprechend entscheiden [44]).

Die Identität der Tat bildet sonach sowohl die Grenze der richterlichen Kognition im anhängigen Prozeß als auch, was ganz besonders wichtig ist, die Grenze der Rechtskraftswirkung im künftigen Verfahren [45]).

Der Grundsatz der Identität der Tat in allen Stadien des Verfahrens „zieht sich wie ein roter Faden durch das Gesetz hindurch und läßt sich an den §§ 155, 179, 191, 200, 207, 264, 265, 266, 267, Schritt um Schritt verfolgen" [46]). Jedoch gibt uns das Gesetz darüber, wann noch dieselbe, die identische Tat vorliegt — (und damit ein- und derselbe Prozeßgegenstand) — keine nähere Auskunft. Wir werden uns an anderer Stelle noch eingehend mit dieser Frage zu beschäftigen haben [47]). Hier aber sei noch hervorgehoben, daß unsere Strafprozeßordnung von der Notwendigkeit einer bestimmten Tat als Gegenstand des Prozesses ausgeht, eines ganz bestimmt abgegrenzten einheitlichen Lebensvorgangs als konkreter Darstellung des Verbrechensbegriffs [48]). Es ist also ebenso wie die Identität der Tat in allen Stadien des Verfahrens so auch die Einheit des Lebensvorganges, der den Prozeßgegenstand bildet, notwendig. Dieser Grundsatz der Einheit der Tat duldet zwar eine gewisse Unbestimmtheit der Feststellung innerhalb des Rahmens eines einheitlichen Vorgangs, keinesfalls aber darf die Unbestimmtheit in der Bezeichnung oder tatsächlichen Feststellung soweit gehen, daß nicht mehr gewiß ist, um welche Tat es sich eigentlich handelt [49]). Wenn das Gesetz in § 200 StPO. vorschreibt, daß die Anklage eine bestimmte Tat zum

---

die Anklage in tatsächlicher Hinsicht gesteckten Grenzen hinaus, so kann er nicht deshalb, d. h., weil wegen einer anderen Tat eröffnet sei, als wegen deren Anklage erhoben ist, mit der Beschwerde angefochten werden. Wohl aber eröffnet sich den Parteien für die Hauptverhandlung die Möglichkeit einer Rüge und damit für die Revisionsinstanz die einer Anfechtung aus diesem Grunde. So gesehen erscheint die vielfach im Schrifttum angegriffene Fassung des § 264 StPO. durchaus gerechtfertigt. Vgl. desnäheren v. Kries, S. 566 f.

42) Eine gleichzeitige Verurteilung des Angeklagten „wegen einer anderen Tat, als welcher das Hauptverfahren wider ihn eröffnet ist", ist nur in den engen Grenzen des § 266 StPO. zulässig.

43) Rosenfeld S. 238.

44) Gerland, Strafprozeß S. 377.

45) Grünhut, Begriffsbildung S. 11 („das ist der Sinn des Grundsatzes Ne bis in idem: keine erneute Beurteilung derselben Tat").

46) Graf Dohna in ZStW. 55, 578.

47) S. 43 ff. der Ausführungen.

48) Vergl. hierzu vor allem Ostern S. 58.

49) Daher mehrere selbständige Lebensvorgänge niemals zu einem Prozeßgegenstand gemacht werden können, was unten noch näher ausgeführt wird.

Gegenstand haben soll, so bedarf es hierzu der Individualisierung, d. h. der Angabe solcher Merkmale, daß kein Zweifel darüber besteht, welche Tat gemeint ist[50]). Hieran ist das erkennende Gericht gemäß § 264 Abs. I StPO. gebunden: Denn vorgeschrieben ist nur, daß die „Tat", der bestimmte Vorfall, der dem Urteil zugrunde gelegt wird, in seiner Ganzheit und Geschlossenheit mit dem von der Anklage bezeichneten identisch ist. Es kann also das Gericht weitere einzelne Tatsachen heranziehen oder ausscheiden, sofern dadurch nur nicht die Identität des einheitlichen Lebensvorganges, der den Prozeßgeengstand bildet, aufgehoben wird.

Bedenkt man, daß die aufgezeigten strafprozessualen Grundsätze der Einheit und Identität der Tat mit einem der Grundpfeiler unseres Strafverfahrens bilden, so wird man schwerlich umhin können, den neuen § 2b so zu lesen, daß alle jene oben genannten strafprozessualen Bestimmungen, die diese Grundsätze so klar zum Ausdruck gelangen lassen, unberührt bleiben sollen. Man wird es ablehnen müssen, mit Karl Schäfer und den Verfassern des Referentenkommentars (a.a.O.) den § 2b dahingehend zu verstehen, daß auch die Schranken gefallen seien, die vom Reichsgericht und mit wenigen Ausnahmen[51]) auch vom Schrifttum den Wahlfeststellungen durch die Rücksicht auf die Grundsätze der Einheit und Identität der Tat mit guten Gründen gezogen worden sind. Mag sein, daß es in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat, auch diese Schranken niederzureißen, allein nicht der Wille des Gesetzgebers, sondern der des Gesetzes entscheidet. An diesem bisher allgemein anerkanten Grundsatz ist auch heute im Interesse der Rechtssicherheit festzuhalten. Referentenkommentare, so wertvoll sie auch sein mögen, können somit nicht beanspruchen, irgendwie als authentische und darum die Gerichte bindende Gesetzesinterpretationen angesehen zu werden. War es wirklich die Meinung des Gesetzgebers, daß Wahlfeststellungen auch ohne Rücksicht auf die Identität und Einheit der Tat zulässig sein sollen, so kann ihm der Vorwurf nicht erspart werden, daß er diese seine Meinung für sich behalten hat, anstatt sie in unzweideutiger Weise zum Ausdruck zu bringen.

Im Ergebnis ist also daran festzuhalten, daß auch heute bei Verurteilungen auf Grund wahlweiser Feststellungen diejenigen strafprozessualen Grundsätze beachtet werden müssen, die für jede andere Verurteilung in Geltung sind. Das aber bedeutet nicht nur, wie Graf Dohna (ZStW. 55, 581) meint, daß „bei eindeutiger Anklage und Eröffnung alternative Verurteilung nur unter der Voraussetzung der Tatidentität erfolgen darf". Vielmehr ist eine Verurteilung auf Grund alternativer Feststellung mehrerer selbständiger „Taten" im Sinne der StPO. überhaupt unzulässig.

Im Gegensatz hierzu glaubt Graf Dohna[53]), daß „Aburteilung zweier verschiedener historischer Vorgänge dann — allerdings nur dann — diskutabel sei, „wenn sie beide gleich von vornherein den Gegenstand der Anklage gebildet" hätten. Er prüft sodann, ob dies geschehen darf und gelangt hierbei zu dem Ergebnis, daß es nach erfolgter Zulassung der Wahl-

---

50) v. Kries S. 501.
51) Zeiler, von Dassel und Nüse in seiner Abhandlung.
53) ZStW. 55/580 f.

feststellung „keinem ernstlichen Bedenken unterliegen könne, jemandem mehrere verschiedene Reate alternativ zur Last zu legen".

Der Ansicht Graf zu Dohnas kann nicht beigetreten werden. Allerdings ist zugegeben, daß, nachdem nunmehr Alternativschuldfeststellungen im Urteil zugelassen sind, auch Anklage und Eröffnungsbeschluß in demselben Umfang alternativ sein dürfen [54]), auch wenn das Gesetz nicht ausdrücklich von alternativ gehaltenen Anklageschriften und Eröffnungsbeschlüssen spricht:

Wie das Urteil Ziel des ganzen Hauptverfahrens, so ist der Eröffnungsbeschluß dessen Grundlage. Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß, soweit im Urteil eine alternative Feststellung erlaubt ist, soweit auch der Gegenstand des auf das Urteil hinstrebenden Zwischenverfahrens alternativ bestimmt sein kann. Darf das Ende des Hauptverfahrens, das Urteil auf wahldeutiger Grundlage ruhen, so gilt dies in gleichem Umfange auch hinsichtlich seines Fundamentes, des Eröffnungsbeschlusses [55]).

In gleichem Umfang wie beim Eröffnungsbeschluß sind wahlweise Feststellungen auch bei der Anklage zulässig. Denn der Eröffnungsbeschluß folgt auf die Anklage hin. Soweit der Eröffnungsbeschluß einen wahlweisen Inhalt haben kann, muß auch die Anklageschrift alternativ gehalten sein können.

Im Ergebnis ist sonach vorläufig so viel festzustellen, daß auch Eröffnungsbeschluß, Anklage und gleichstehende Beschlüsse [56]) und Anträge [57]) einen wahlweisen Inhalt haben dürfen, obwohl die Strafprozeßordnung darüber keine dem § 170a entsprechende Vorschrift getroffen hat [58]).

Es können also in Fällen, wo der Zweifel, der eindeutige Schuldfeststellung hindert, von vornherein obwaltet, bereits Anklageschrift und Eröffnungsbeschluß alternativ gehalten werden. Allerdings werden sich auch hier Staatsanwaltschaft und Eröffnungsrichter zumeist eindeutig für das Delikt entscheiden, für das die Wahrscheinlichkeit spricht, denn es genügt ja ein „hinreichend verdächtig" [59]).

Aber eine (einzige) Schranke ist der Zulässigkeit von Wahlfeststellungen auch im Eröffnungsbeschluß und in der Anklage gesetzt: Die Einheit der Tat muß gewahrt bleiben, mehrere „Taten" im Sinne der Strafprozeßordnung können nicht alternativ verbunden im Eröffnungsbeschluß erscheinen, können nicht Prozeßgegenstand sein: Prozeßgegenstand kann nur sein, was auch Gegenstand des Urteils sein kann, also nur eine bestimmte „Tat" im Sinne des Verfahrensrechts, wobei allerdings deren nähere Aufklärung dem Ergebnis der Hauptverhandlung überlassen bleiben kann. Wenn

---

54) Es ist also auch hierin ohne weiteres alternative Subsumtion unter verschiedene gesetzliche Tatbestände erlaubt.

55) So schon Ostern S. 132!

56) Beschluß auf Eröffnung der Voruntersuchung.

57) Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung; Antrag auf Erlaß eines Strafbefehls.

58) Für die Zulässigkeit von Alternativität in Anklage und Eröffnungsbeschluß haben sich nach Erlaß des § 2b bisher außer Graf zu Dohna a.a.O. auch Schwarz ausgesprochen. GS. 106, 259 (ohne Begründung). Im einzelnen siehe S. 74 f. der Ausführungen.

59) Schwarz, GS. 106. 259.

§ 207 die „Bezeichnung der dem Angeklagten zur Last gelegten Tat" verlangt, so ist damit unzweideutig die Einheit des Lebensvorganges gefordert, welcher den Prozeßgegenstand bilden soll[60]).

Graf zu Dohna[61]) sagt selbst, daß kein Grundsatz in unserer Strafprozeßordnung so vornehmlich zum Ausdruck gekommen sei wie dieser, daß den Gegenstand des Verfahrens „eine bestimmte Tat (im Sinne eines konkreten historischen Vorgangs) bildet, die vom ersten Augenblick unverrückbar festliegt."

Gleich dem Eröffnungsbeschluß bezeichnet und umgrenzt auch die Anklage den Gegenstand des künftigen Prozesses und Urteils. Es kann daher auch durch die Anklage nur eine bestimmte einheitliche Tat zum Prozeßgegenstand gemacht werden, wobei zu ihrer Individualisierung die Angabe solcher und soviel tatsächlicher Merkmale genügt, daß kein Zweifel besteht, um welche „Tat" es sich handelt.

Das Ergebnis ist sonach, daß wahlweise Feststellung mehrerer „Taten" im Sinne der StPO. schlechterdings unzulässig ist und zwar nicht nur im Urteil sondern auch in Anklage, Eröffnungsbeschluß und gleichstehenden Beschlüssen und Anträgen. Nur innerhalb „ein und derselben Tat" ist mithin Raum für Wahlfeststellung.

Allerdings können auch — (was Graf zu Dohna S. 581 als ein Argument für seine These verwendet, daß Alternativität mehrerer Taten im Eröffnungsbeschluß und in der Anklage erlaubt sei) — mehrere Taten im Sinne der Strafprozeßordnung, mehrere real konkurrierende Delikte im Sinne des Strafgesetzbuches (§ 74) jemandem in einer Klage (sogenannte „vereinigte Klage" oder „Gesamtklage") zur Last gelegt und damit gemeinschaftlich zum Gegenstand eines Verfahrens gemacht werden. Daß dies zulässig ist, ergibt sich ohne weiteres aus § 2 StPO. (siehe auch § 237 StPO.). Allein die auf Grund dieser Bestimmungen gestattete kumulative Verbindung mehrerer Strafsachen zum Zwecke gleichzeitiger Verhandlung und Aburteilung in einem Verfahren ist nichts anderes als eine, lediglich auf Zweckmäßigkeitsgründen beruhende, rein äußere Zusammenfassung selbständiger Strafverfahren, die durch die Verbindung ihre Selbständigkeit nicht verlieren[62]). Daher kann auch die Verbindung aus Zweckmäßigkeitsgründen jederzeit wieder aufgehoben werden. § 2 II StPO. Die Wirkung einer solchen Verbindung erschöpft sich somit darin, daß die verbundenen Strafsachen gleichzeitig verhandelt werden und zur Aburteilung kommen. Die Verbindung mehrerer Strafsachen dient dem Gedanken der Prozeßökonomie und ist daher nur verfahrenstechnisch von Bedeutung. Weitere strafprozessuale Wirkungen treten auf Grund der Verbindung nicht ein. Für jede einzelne, in einer Klage verbundene Strafsache wird eine besondere Rechtshängigkeit begründet; über jede einzelne der verbundenen, bei dem Gericht anhängig gemachten Strafsachen muß gesondert entschieden werden; jede einzelne Entscheidung erwächst gesondert in Rechtskraft, deren Umfang sich jeweils nach dem einzelnen Urteilsgegenstand richtet; und es gilt daher auch für jede einzelne Strafsache gesondert das Erfordernis der Identität und

60) Ostern S. 134 f.
61) ZStW. 55/578.
62) Vgl. z. B. Gerland Lehrbuch § 35 II, 2.

Einheit der Tat, welche jeweils den betreffenden einzelnen der kumulativ verbundenen Prozeßgegenstände bildet, so, wie wenn über jede einzelne Strafsache getrennt verhandelt und entschieden würde.

So ergibt sich nunmehr ohne weiteres, daß aus der Zulässigkeit der kumulativen Verbindung mehrerer Strafsachen in ein und demselben Strafverfahren oder, wie Graf zu Dohna sich ausdrückt, aus dem „unbedenklichen Geschehen, daß jemandem in einer Anklage mehrere real konkurrierende Delikte zur Last gelegt werden" kein Argument für oder gegen unsere Frage gewonnen werden kann, ob in Anklage oder Eröffnungsbeschluß „jemandem mehrere verschiedene Reate alternativ zur Last gelegt werden können". Was aber das zweite von Graf zu Dohna gebrachte Argument, nämlich die „erfolgte Zulassung alternativer Verurteilung" durch § 2b betrifft, so enthält dieses offensichtlich eine Petitio principii. Wäre Wahlfeststellung zwischen mehreren verschiedenen selbständigen „Taten" im Urteil nach § 2b zulässig, dann könnte es allerdings demzufolge „keinem ernstlichen Bedenken unterliegen, jemandem mehrere verschiedene Reate alternativ zur Last zu legen". Der vorausgesetzte, als Beweisgrund dienende Satz, ist aber gerade zu beweisen! Die Beweisführung Graf zu Dohnas erweist sich so als ein Umkehrtrugschluß. Er sagt richtig (S. 580): „Alternative Aburteilung verschiedener historischer Vorgänge (Taten im Sinne der StPO.) ist nur möglich, wenn sie beide gleich von vornherein alternativ den Gegenstand der Anklage gebildet haben." Ob dies geschehen darf, folgert er dann (S. 581) rückwärts aus der Zulässigkeit alternativer Verurteilung gemäß § 2b. Hieraus kann jedoch nur geschlossen werden, daß Anklageschriften und Eröffnungsbeschlüsse in dem Umfange alternativ gehalten sein dürfen als Alternativität im Urteil erlaubt ist. Ob aber im Urteil auf Grund § 2b eine Wahlfeststellung zwischen mehreren Taten im Sinne der Strafprozeßordnung getroffen werden kann, ist gerade die Frage, die gelöst werden sollte, „der Satz, der zu beweisen war"!

Wenn wir bei der Widerlegung der Ansicht Graf zu Dohnas vielleicht allzugründlich, d. h. allzuausführlich verfuhren, so geschah dies deshalb, weil die Frage der Zulässigkeit von alternativen Feststellungen mehrerer „Taten" im Sinne der Strafprozeßordnung, ohne Rücksicht darauf, ob sie demselben gesetzlichen Straftatbestand zu subsumieren sind oder nicht, unseres Erachtens das Hauptproblem der Wahlfeststellung bildet, nachdem jetzt der Gesetzgeber die früher im Vordergrund stehende Frage, ob „Identität des gesetzlichen Tatbestandes" erforderlich sei, durch § 2b unzweideutig dahin entschieden hat, daß solche Identität keine Voraussetzung für die Zulässigkeit der Wahlfeststellung sein soll. Ja nicht einmal irgendwelche Gleichheit oder Verwandtschaft der alternativ in Betracht kommenden Tatbestände wird in § 2b gefordert. Nur bei einer einzigen der bisher von der Rechtsprechung und ganz überwiegend auch vom Schrifttum den Wahlfeststellungen gezogenen Schranken ist es, wie gezeigt, geblieben: Die Wahlfeststellung muß sich innerhalb der Tat, die den Prozeßgegenstand bildet, halten. Alternative Feststellung mehrerer „Taten" ist nach wie vor als mit den aufgezeigten fundamentalen Grundsätzen unserer Strafprozeßordnung unvereinbar de lege lata uner-

laubt[63]) und zwar sowohl im Urteil wie in Anklage, Eröffnungsbeschluß[64]) und gleichstehenden Anträgen und Entscheidungen.

Auf demselben Standpunkt wie Graf zu Dohna steht wohl auch Ernst Schäfer[65]): Auch wenn „zwei selbständige Handlungen" (gemeint sind „Taten" im Sinne der StPO.) vorliegen und eine von ihnen gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstößt, sei für eine Wahlfesstellung Raum, sofern nur beide Handlungen zur Aburteilung stünden, also entweder die Staatsanwaltschaft die Anklage auf die beiden in Betracht kommenden geschichtlichen Vorkommnisse erstreckt habe oder diese Erstreckung nachträglich auf dem durch § 266 StPO. zugelassenen Weg erfolgt sei. Das gleiche gelte für den vom Gesetzeswortlaut nicht getroffenen Fall, daß durch eine von mehreren selbständigen Handlungen gegen ein bestimmtes Strafgesetz verstoßen sei, ohne daß sich feststellen lasse, durch welche der mehreren Handlungen (also von dem Fall der beiden Eide, wo einer der Eide, unbestimmt welcher, ein Meineid gewesen sein muß). Auch hier sei selbstverständliche Voraussetzung für die Wahlfeststellung, daß beide Handlungen zum Gegenstand der Anklage gemacht worden seien. In unmittelbarem Abschluß hieran heißt es dann weiter: „Es handelt sich in diesem letzteren Falle in Wahrheit nicht um ein materiell-rechtliches Problem sondern um ein rein prozessuales" (S. 194).

Darauf ist zunächst zu erwidern, daß es sich keineswegs nur in dem letzteren Falle um eine Frage des Prozeßrechts handelt. Auch die Bedenken, die in den anderen von § 2b an sich erfaßten Fällen gegen die Zulässigkeit der Wahlfeststellung sprechen, liegen ausschließlich auf prozessualem Boden[66]). Denn jedesmal handelt es sich um dieselbe Frage, nämlich darum, ob die Freiheit der Wahlfeststellung durch das Erfordernis der Einheit und Identität der Tat im Sinne der Strafprozeßordnung begrenzt ist oder nicht. Davon abgesehen, kann es keinem ernstlichen Zweifel unterliegen, daß allerdings eine Wahlfeststellung auch in den Fällen getroffen werden darf, in denen feststeht, gegen welches Strafgesetz der Täter ver-

---

63) Die Beseitigung der noch bestehenden Grenzen ist auch de lege ferenda, wie wir noch zeigen werden, keineswegs zu empfehlen.

64) Frank, Nachtrag S. 193.

65) Die Rechtswirksamkeit einer Anklage oder eines Eröffnungsbeschlusses, der mehrere selbständige Reate alternativ verbindet, kann bestenfalls durch „umdeutende Interpretation des Willens" (Beling S. 290 N. 9; Ostern S. 140) gerettet werden. So hat das Reichsgericht in dem bereits mehrfach erwähnten Fall, in dem von zwei Eiden einer, unbestimmt welcher, ein Meineid war, den Eröffnungsbeschluß nicht als nichtig behandelt. Es gestattete damit scheinbar, die alternative Verbindung zweier ganz selbständiger „Taten" im Eröffnungsbeschluß. Aber eben nur scheinbar. In Wirklichkeit machte es den alternativ gefaßten Eröffnungsbeschluß im Wege der Umdeutung zu einem kumulativen, so daß der Angeklagte danach nicht der einen oder anderen Tat, sondern beider Taten als durch den Eröffnungsbeschluß beschuldigt angesehen wurde. Die Rechtfertigung dieses Verfahrens ergibt sich m. E. daraus, daß, obschon nur einer der beiden Eide ein Meineid gewesen sein kann, so doch hinsichtlich jedes Eides „hinreichender Verdacht" vorhanden war, was genügte, um in diesem Betracht das Hauptverfahren zu eröffnen (vgl. Ostern S. 140).

66) So klar und deutlich Graf zu Dohna in ZStW. 55, 580.

stoßen hat, obschon diese Fälle, wie bereits ausgeführt, vom Gesetzgeber nicht in die ausdrückliche Regelung einbezogen worden sind.

Was die übrigen Argumente der genannten Schriftsteller betrifft, so sind diese bereits widerlegt. Auf den „Willen des Gesetzgebers" kann man sich mit entscheidendem Erfolg nur dann berufen, wenn sein angeblicher Wille im Gesetz selbst irgendwie erkennbar zum Ausdruck gekommen ist. Wenn „der Gesetzgeber der Novelle glaubte, durch die Weglassung der ursprünglich im Gesetzestext enthaltenen Worte „durch eine Tat" die Bahn für eine, mehrere Taten im Sinne der Strafprozeßordnung einbeziehende Auslegung frei gemacht zu haben",[67]) so hat er sich hierbei in einem Irrtum befunden. So einfach lassen sich nun doch nicht die fundamentalen Grundsätze unserer Strafprozeßordnung aus den Angeln heben. Wollte man wirklich die der Wahlfeststellung bisher mit guten Gründen gezogenen Schranken der Einheit und Identität der Tat niederreißen, so hätte das ausdrücklich in der Strafprozeßordnung gesagt werden müssen. Der Gesetzestext wäre dadurch keinesfalls „unnötig kompliziert" geworden, wie Schäfer offenbar meint. Der Fall der sog. „reinen Tatsachenalternativität"[68]) brauchte allerdings nicht besonders im Gesetz erwähnt zu werden. Wohl aber hätte in die Strafprozeßordnung eine Bestimmung aufgenommen werden müssen, aus der unzweideutig und klar hervorgeht, daß auch mehrere „Taten" alternativ und nicht nur wie seither kumulativ zur Aburteilung gebracht werden dürfen. Eine derartige Bestimmung hätte nicht so sehr zur „Komplizierung" als vielmehr zur Klarstellung des Gesetzes beigetragen.

Wollte man darüber hinaus auch speziell die Schranke des § 264 für die Wahlfeststellung beseitigen, d. h. alternative Feststellung mehrerer „Taten" selbst dann zulassen, wenn nur eine „Tat" in Anklageschrift und Eröffnungsbeschluß zur Aburteilung gestellt wurde[69]), so hätte dies sehr einfach im Anschluß an § 264 II bestimmt werden können, der lautet: „Das Gericht ist an die Beurteilung der Tat, welche dem Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens zugrunde liegt, nicht gebunden". Und zwar durch Hinzufügung eines neuen Absatzes III, etwa folgenden Wortlautes: „Entsprechendes gilt, wenn eine Verurteilung in Gemäßheit des § 2b erfolgen soll und hierfür neben der im Eröffnungsbeschluß bezeichneten Tat noch eine oder mehrere andere Taten in Betracht kommen".

Auf Grund einer derartigen Regelung könnte man allerdings selbst in den Fällen, wo bezüglich der einen Alternative, „geradezu alles im Zweifel ist" („ob ihr überhaupt ein tatsächlicher Vorgang zugrunde liegt")[70]) auf Grund wahlweiser Feststellung verurteilen. Gedacht ist hier an so „verzweifelte Fälle", wie die folgenden, von Zeiler[70]) angeführten:

1. A erzählt im Wirtshaus, er habe vor einigen Jahren die B (ein unbescholtenes Mädchen von 15 Jahren) trotz ihrer Sprödigkeit zum Beischlaf

67) Ernst Schäfer in Frank Nachtrag S. 193. Als Mitglied des Reichsjustizministerium weiß er allerdings am besten, was der „Gesetzgeber gewollt" hat. —

68) nämlich der Fall der beiden sich widersprechenden Eide.

69) Das wollen offenbar Karl Schäfer JW. 35, 2326 und Leopold Schäfer-Lehmann-Dörffler; Kommentar S. 18 Erl. 2 zu § 2b StGB.

70) Zeiler in DRZ. 1914, 529.

verführt. Die B ist inzwischen verstorben. Es läßt sich nicht feststellen, ob A damals die B tatsächlich zur Duldung des Koitus geneigt gemacht oder jetzt das Andenken einer Verstorbenen beschimpft hat.

2. Die 25jährige A zeigt ihren Vater, mit dem sie in Streit geraten ist, an, daß er sie vor 4 Jahren zum blutschänderischen Beischlaf mit ihr verleitet habe. Unaufgeklärt bleibt, ob es damals tatsächlich zu blutschänderischem Verkehr gekommen ist oder ob jetzt die A eine falsche Anschuldigung erstattet hat.

Es begegnet zunächst keinem Zweifel, daß in derartigen Fällen von „Identität" der Tat nicht die Rede sein kann.

1. Gesetzt nun den Fall, gegen A (Beispiel 1) sei auf Antrag der Eltern der B ein Verfahren lediglich wegen Verführung (§ 182 StGB.) eingeleitet und eröffnet worden. Reicht nun nach erschöpfender Beweisaufnahme die pflichtgemäße richterliche Überzeugung nicht weiter, als daß in jedem Fall einer der in Betracht kommenden Tatbestände (Verführung gemäß § 182 oder Beschimpfung des Andenkens Verstorbener gemäß § 189) erfüllt ist, unbestimmt jedoch welcher, so ist nach der von uns vertretenen Auffassung eine Verurteilung auf Grund wahlweiser Tatbestandsfeststellung selbstverständlich unzulässig. Aber auch nach der Ansicht von Graf zu Dohna und Ernst Schäfer wäre hier kein Raum für eine Wahlfeststellung nach § 2b, es sei denn, daß die Staatsanwaltschaft nachträglich die Anklage alternativ mit Zustimmung des Angeklagten (§ 266 StPO.) auch auf das andere in Betracht kommende geschichtliche Vorkommnis (die andere in Betracht kommende „Tat") erstreckt hätte, welches in den Angaben des A im Wirtshaus besteht.

Dagegen könnte nach dem von Karl Schäfer und Leopold Schäfer vertretenen Standpunkt, den wir auf Seite 37 gesetzgeberisch zu formulieren versucht haben, A auf Grund der wahlweisen Feststellung, daß er sich entweder damals der Verführung einer Minderjährigen oder jetzt der Beschimpfung einer Verstorbenen schuldig gemacht habe, verurteilt werden [71]).

2. Hätte die Staatsanwaltschaft die Anklage von vornherein alternativ auf beide in Betracht kommenden „Taten" gerichtet, so würden auch Graf zu Dohna und Ernst Schäfer eine Wahlfeststellung für zulässig erachten. Nur wir, die wir durch die Rücksicht auf den Grundsatz der Einheit und Identität der „Tat" eine alternative Verbindung mehrerer „Taten" auch in Anklage und im Eröffnungsbeschluß nach wie vor rechtlich für unerlaubt halten, würden auch in diesem Fall eine Verurteilung auf Grund wahlweiser Feststellung nicht zulassen [72]).

Entsprechendes gilt in dem Fall des Zweifels, wo die A damals Blutschande oder jetzt falsche Anschuldigung begangen hat. (Beispiel 2).

Auch der bereits mehrfach erwähnte Fall der beiden sich widersprechen-

---

71) In der Urteilsformel wäre A jedoch nur der Verletzung des § 189, also wegen Beschimpfung des Andenkens einer Verstorbenen schuldig zu sprechen. § 267b StPO. in Verbindung mit § 2b StGB.

72) Gegen Wahlfeststellung in solchen Fällen auch Oetker (GS. 106, 413) schon, weil es sich um „verschiedene Deliktsarten" handelt, aber auch, weil „ohne Tatindividuum keine Schuldfeststellung" möglich sei. (a.a.O. S. 417).

den Eide könnte jedenfalls dann nicht unter Zuhilfenahme der Wahlfeststellung auf Grund § 2b entschieden werden, wenn die Eide in verschiedenen Prozessen [73]) geleistet wurden wie in folgendem, bei Zeiler (DRZ. 1914, 528) sich findenden Fall:

A wird aus einem Wechsel verklagt und bekundet unter Eid, daß sein Name auf dem Wechsel nicht von ihm herrühre. Nach Jahren sagt X dem B im Wirtshaus nach, dieser habe den Wechsel gefälscht. Privatklage des B gegen X. A als Zeuge sagt unter Eid aus, die Unterschrift sei echt gewesen.

Schließlich sei auch noch der folgende, den Beispielen von Zeiler (a.a.O.) entnommene Fall erwähnt, wo ebenfalls nach der von uns vertretenen Auffassung unzweifelhaft kein Raum für eine Wahlfeststellung nach § 2b ist:

C wird von einem Unbekannten abends auf dem Nachhauseweg körperlich mißhandelt. Eine Strafverfolgung unterbleibt. Später entsteht bezüglich des Täters ein Gerede, und C verklagt den B auf Schadensersatz. B benennt seinen guten Freund A als Zeugen für seine Unschuld, und A bestätigt unter Eid, daß er damals den C mißhandelt habe. Es läßt sich nicht feststellen, ob A den C damals körperlich mißhandelt oder ob er jetzt einen Meineid geschworen hat (§ 223 oder § 154 StGB.).

Aber — so höre ich lange schon den Leser einwenden — führt unsere Auffassung, die der Zulässigkeit von Wahlfeststellungen dieselben Schranken zieht wie den eindeutigen Feststellungen, nicht zu einer allzu starken Eingrenzung des Anwendungsbereiches unserer gesetzlichen Neuerung? Wird nicht der Zweck des § 2b StGB., ungerechte Freisprüche zu verhüten, durch die von uns vorgenommene Grenzziehung in allzu vielen Fällen vereitelt? Handelt es sich denn nicht bei den meisten Fällen, bei denen die Beweisaufnahme lediglich zu der alternativen Feststellung geführt hat, daß der Angeklagte von zwei oder mehreren strafrechtlichen Tatbeständen entweder den einen oder den anderen erfüllt hat, unbestimmt welchen, um eine Mehrheit des historischen Vorgangs, um eine Mehrheit von „Taten" im Sinne der Strafprozeßordnung? Steht nicht auch eine Mehrheit von Taten in Frage in dem praktisch weitaus wichtigsten Fall der Alternative von Diebstahl und Hehlerei, der doch den Anlaß zu der neuen Vorschrift des § 2b gegeben hat? Angenommen, die Sache sei am ersten Mai gestohlen und am ersten Juli bei X gefunden worden. Es soll die pflichtgemäße richterliche Überzeugung wenigstens soweit reichen, daß X in jedem Fall die betreffende Sache am ersten Mai gestohlen oder in der Zeit vom 1. Mai bis 30. Juni durch Hehlerei erlangt habe. Kann man dann noch von Einheit des historischen Vorgangs, von Einheit der Tat im Sinne des Verfahrensrechtes sprechen?

Alle diese scheinbar so berechtigten Fragen müssen befriedigend gelöst werden, soll nicht die hier eingenommene Position, die von keinem Schriftsteller, soweit ich sehe, de lege lata geteilt wird [74]), mit einem Schlage wieder

---

73) Wurden die widersprechenden Eide in demselben Rechtsstreit geleistet, so fragt es sich, ob dieser Fall sich nicht gerade noch unter den Begriff der Tateinheit ziehen läßt. Die Frage dürfte wohl zu bejahen sein! Vergl. Dünhaupt S. 39.

74) Auch auf Oetker kann ich mich nicht berufen. Denn seine Ausführungen in GS. 106, 401—431 wollen, wenn ich ihn recht verstehe, nur

hinfällig werden. Hierzu ist ein tieferes Eindringen in den strafprozessualen Tatbegriff unumgänglich. Bisher sagten wir nur, daß dieser Begriff nicht mit dem der „strafbaren Tat", wie ihn das StGB. gebraucht, gleichgesetzt werden darf, nicht das crimen, sondern nur das äußere Geschehen, das „nackte Faktum" ausdrücken soll, das den Gegenstand der Urteilsfindung bildet. Dies ergibt sich klar aus dem Wortlaut des Gesetzes und ist daher unbestritten. Nach welchen Kriterien aber bestimmt sich die Zählung der „Taten", so daß man „diese" Tat von einer anderen Tat unterscheiden kann? M. a. W.: Wann handelt es sich noch um dieselbe, die identische Tat? Die Frage ist, — ganz abgesehen von dem Problem der Wahlfeststellung, — von größter praktischer Bedeutung. Nicht nur die Lehre von der Klagänderung, sondern auch die Lehre der Rechtshängigkeit und vor allem die der Rechtskraft fußen auf dem Begriff, den wir nunmehr näher bestimmen wollen, nämlich den derselben Tat (oder dem Gegenstand nach der „Tat" im Sinne der Strafprozeßordnung).

Das Problem der Identität der Tat ist im Schrifttum viel behandelt worden. Auch unser höchster Gerichtshof hat oft Veranlassung gesehen, sich mit dem Problem auseinanderzusetzen. Zahlreiche Erkenntnisse in der amtlichen Sammlung legen Zeugnis davon ab, welche große praktische Bedeutung unserer Frage zukommt.

Es ist hier nicht der Ort an Hand all dieser Entscheidungen sowie des Schrifttums im einzelnen die Entwicklung zu verfolgen, welche die Lehre von der Identität der Tat auf dem Boden des geltenden Verfahrensrechts genommen hat. Wenn wir uns im Folgenden mit einer zusammenfassenden Darstellung begnügen, so verfahren wir hierbei immer noch ausführlicher als alle diejenigen Schriftsteller[75]), die sich vor Erlaß des § 2b in extenso mit dem Problem der Wahlfeststellung befaßt haben. Wir denken hierbei vor allem an die Abhandlung von Nüse: „Das Problem der Zulässigkeit von Alternativschuldfeststellungen im Strafprozeß" (1933).

Angesichts der Stoßkraft, die diese Schrift entfaltet hat, wollen wir zunächst einmal sehen, wie Nüse mit dem Problem der Identität der Tat in Bezug auf die Wahlfeststellung fertig geworden ist und uns hierzu kritisch äußern.

§ 264 StPO. bietet für Nüse deshalb kein Hindernis, weil man im Eröffnungsbeschluß alle konkreten Vorgänge angeben und damit rechtshängig machen könne, die zum Gegenstand der Verhandlung gemacht werden sollen. So könnten z. B. „bei dem Fall, wo zwei Eide geschworen sind, von denen einer ein Meineid gewesen sein muß, sehr wohl die tatsächlichen Verhältnisse angegeben werden, wann, wo und wie die beiden Eide von dem Angeklagten geschworen sind". Damit seien beide Eide rechtshängig geworden und eine wahlweise Feststellung könne getroffen werden (S. 50),

---

de lege ferenda beachtet werden. Auch wendet er sich dort überhaupt gegen die durch § 2b vorgenommene Erweiterung d. Zulässigkeit von Wahlfeststellungen und gelangt dabei zu dem Ergebnis, daß „ein Bedürfnis zu wahlweisen Schuldfeststellungen über den Rahmen hinaus, wie er durch d. frühere Rechtspr. des RG. abgesteckt" ist, nicht anerkannt werden kann.

75) Ausgenommen Ehrhardt (§ 14—19).

„sodaß nachher ein Zweifel darüber nicht aufzutauchen braucht, ob die Identität der Tat gewahrt ist" (Seite 51).

Allerdings sei „eine alternative Fassung im Eröffnungsbeschluß dort nötig, wo mehrere Handlungen in Betracht kommen" (Seite 51). Nichts aber stehe einer alternativen Fassung des Eröffnungsbeschlusses in solchen Fällen entgegen. Denn unter der „zur Last gelegten Tat", wie sie in § 207 StPO. verlangt werde, sei dasselbe zu verstehen wie die „strafbare Handlung" im Sinne des § 267 StPO. Das Wort „strafbare Handlung" faßt nun aber Nüse in stark gezwungener Wortinterpretation nicht mit der herrschenden Lehre als gesetzlichen Einzeltatbestand auf (obschon für diese Auffassung, wenn man unbefangenen Auges den § 267 StPO. liest, alles spricht); auch bedeutet es für ihn nicht eine „genau feststehende Tat", sondern „das ganze in Erscheinung getretene Verhalten des Angeklagten, das einer strafrechtlichen Würdigung wert ist" (Seite 51/52 in Verbindung mit S. 48/49). Auf diese Weise gelangt also Nüse ohne weiteres dazu, die Scheidung zwischen Identität und Heterogenität der „Tat" aufzuheben, was er späterhin auf Seite 52—56 noch damit zu begründen sucht, daß eine solche Scheidung überhaupt unmöglich sei, weshalb dieser Gesichtspunkt für eine Eingrenzung der Zulässigkeit der Wahlfeststellung nicht in Betracht kommen könne. Dies folgert er daraus, daß das Reichsgericht die Erfordernisse, welche es für das Vorhandensein von Identität der Tat aufgestellt hat, nicht konsequent eingehalten habe und auch garnicht habe einhalten können, wollte es nicht zu offenbar unbilligen Ergebnissen gelangen. Daraus ergebe sich, daß „sich keine klare Grenze ziehen lasse, bis zu der man alternative Schuldfeststellungen zulassen könne, über sie heraus aber nicht (S. 52), ein Beweis mehr dafür, daß Alternativschuldfeststellungen in unbeschränktem Umfange zuzulassen seien" (S. 56).

Hinzu komme, daß bereits heute von der Rechtsprechung des Reichsgerichts der Begriff der Tat nicht eng ausgelegt werde, es könnten daher „bei extensiver Auslegung wohl alle denkbaren Fälle in Bezug auf das konkrete Geschehen in der Außenwelt in dem Eröffnungsbeschluß aufgenommen und damit rechtshängig gemacht werden, so daß nachher bei einer wahlweisen Schuldfeststellung die Identität der Tat zweifellos gewahrt sei" (S. 50—51).

Gegen die Gedankengänge Nüses erheben sich eine Reihe durchschlagender Bedenken: Allerdings kann man unter gewissen Voraussetzungen in Anklage und Eröffnungsbeschluß alle konkreten Vorgänge angeben, die zum Gegenstand ein und derselben Verhandlung gemacht werden sollen. Ergeben jedoch diese Vorgänge mehrere „Taten", so sind damit mehrere „Strafsachen" anhängig, die zum Zwecke gleichzeitiger Verhandlung verbunden, darum ihre Selbständigkeit nicht verlieren, wie wir oben gezeigt haben[76]). Somit stehen wir bereits bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Tatsachenkomplex sich noch als eine Tat im Sinne der Strafprozeßordnung darstellt. Für Nüse besteht nun freilich eine solche Frage nicht. Denn er versteht, wie wir sahen, unter der zur Last gelegten „Tat" im Sinne des § 207 StPO., das gesamte Verhalten des Angeklagten, das für eine strafrechtliche Würdigung in Betracht kommt. Eine derartige Auslegung

76) Siehe oben S. 34.

des strafprozessualen Tatbegriffs, die den Unterschied von Einheit und Mehrheit der Tat einfach beseitigt, indem sie mehrere Vorgänge beliebig zu einer Tat zusammenzieht, ist aber ganz und gar zu verurteilen[77]). Beruhen doch gerade hierauf, d. h. auf der Scheidung von Einheit und Mehrheit der Tat die oben aufgezeigten strafprozessualen Grundsätze, daß den Gegenstand des Verfahrens eine bestimmte Tat bildet, die durch alle Stadien des Prozesses dieselbe bleibt und die von Anfang an unverrückbar festliegt. Diese Grundsätze, die in der Strafprozeßordnung so deutlich klar und unablässig zum Ausdruck gekommen sind und auf denen die ganze Lehre der Rechtskraft beruht, können nicht so ohne weiteres darum durchbrochen werden, weil eine begrifflich scharfe Scheidung zwischen Identität und Heterogenität der Tat unmöglich erscheint, wenn man außerdem hierbei die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum strafprozessualen Tatbegriff zu Grunde legt.

Darin ist allerdings Nüse Recht zu geben, daß das Reichsgericht den Begriff der Tat sehr weit umschrieben und nicht mit scharfen Grenzen versehen hat. Auch pflichten wir Nüse darin bei, wenn er feststellt, daß das Reichsgericht oft nicht in der Lage gewesen ist, „getreu seinem Prinzip alle Fälle einheitlich zu entscheiden." Allein das ist noch kein Beweis dafür, daß sich ein Trennungsstrich überhaupt nicht ziehen läßt und demzufolge auch keine Grenze, bis zu der man Wahlfeststellungen treffen darf. Es geht unmöglich an, das gesetzliche Erfordernis der Tatindentität damit zu übergehen, daß es dem Reichsgericht nicht gelungen ist, zu einem klar umrissenen Tatbegriff zu kommen und daß es die Erfordernisse, welche es selbst an die Identität der Tat im allgemeinen gestellt hat, nicht immer konsequent einhielt. Die hohe Achtung, die wir dem Reichsgericht zollen und schuldig sind, darf nicht dazu führen, daß man zu Tage getretene Mängel in seiner Rechtsprechung einfach hinnimmt und sodann schließlich die Schranken überhaupt beseitigt, die vom Gesetz mit guten Gründen errichtet worden sind. Erweist sich eine Begriffsbestimmung des Reichsgerichts als unzulänglich, so gilt es für die wissenschaftliche Forschung eine bessere zu finden. Ist es dem Reichsgericht nicht gelungen, eine klare Scheidung von Identität und Heterogenität der Tat vorzunehmen, so darf man darum noch nicht gleich eine solche Scheidung überhaupt für unmöglich erklären. Vielmehr ist es dann die Aufgabe des Forschers, den strafprozessualen Tatbegriff so genau zu bestimmen, daß Zweifel darüber, ob noch dieselbe Tat im Sinne der Strafprozeßordnung gegeben ist, weitgehendst ausgeschaltet werden. Halten wir nun daraufhin in der Literatur zur Lehre von der Identität der Tat Umschau, so finden wir hier eine aus neuerer Zeit (1932) herrührende Untersuchung, die unseres Erachtens hohes Lob verdient und unserer Aufgabe sehr zustatten kommt. Wir meinen die Abhandlung von Erich Schwinge „Identität der Tat im Sinne der Strafprozeßordnung", veröffentlicht in ZStW. 52, 203—236.

Mit Recht haben bereits einige Bearbeiter des Problems der Wahlfeststellung aus der Zeit kurz vor Erlaß des § 2b StGB., diese Schrift für ihre

---

77) Wozu es übrigens dann noch einer alternativen Fassung des Eröffnungsbeschlusses notwendig bedarf, (S. 51) ist nicht einzusehen!

Zwecke herangezogen[78]). Wenn auch Schwinge das Problem der Identität der Tat nur im Hinblick auf die Anklagebesserung, Rechtshängigkeit und den Umfang der Rechtskraft untersucht hat, so lassen sich doch seine Erkenntnisse sehr wohl auch in Bezug auf die Wahlfeststellung nutzbar machen.

Das besondere Verdienst Schwinges liegt vor allem darin, klar erkannt zu haben, daß die Identität der Tat zwei ganz verschiedene Gruppen von Fällen umfaßt.

Die Identität der Tat beruht entweder

1. auf Einheit der Handlung oder
2. auf Einheit der Rechtsgutsverletzung trotz Mehrheit der Handlung.

Das Reichsgericht nimmt zwar auch in beiden Fällen eine identische Tat als Gegenstand des Strafverfahrens an. Es hat jedoch niemals die beiden Fallgruppen deutlich unterschieden. Dies führte zu einem „ganz unverhältnismäßig weiten, naturalistischen Tatbegriff“[79]), wie wir ihn namentlich in neueren Entscheidungen antreffen[80]).

Nach der Auffassung des Reichsgerichts hat nämlich der „verfahrensrechtliche Begriff der „Tat“ mit dem materiellrechtlichen Begriff der Handlung im Sinne der §§ 73, 74 StGB. nichts gemein“[81]), „so daß unter Umständen sogar mehrere selbständige Handlungen im Sinne des § 74, deren tatsächliche Merkmale sich zeitlich aneinanderreihen, wegen des nach der natürlichen Auffassung bestehenden inneren Zusammenhangs als demselben geschichtlichen Vorgang angehörig betrachtet werden können“[82]). Identität der Tat bedeutet also für das Reichsgericht nichts weiter als Identität des „historischen Vorkommnisses“. Unter diesem Vorkommnis sei „nicht nur die einzelne im Eröffnungsbeschluß hervorgehobene Betätigung, sondern das ganze Tun des Angeklagten zu verstehen, soweit es sich mit jenen verknüpft und einen einheitlichen Vorgang darstellt“[82]). Noch weiter geht die Entscheidung 61, 317, wonach die Identität der Tat„ den vom Eröffnungsbeschluß betroffenen Vorgang einschließlich aller damit zusammenhängenden oder darauf bezüglichen Vorkommnisse und tatsächlichen Umstände erfaßt, die geeignet sind, das in diesen Bereich fallende Tun des Angeklagten unter irgendeinem rechtlichen Gesichtspunkt als strafbar erscheinen zu lassen“.

Der angezogene Entscheidungsstoff zeigt, daß das Reichsgericht allein die natürliche Betrachtung entscheidend sein läßt. Notwendigerweise muß es auf den Einzelfall abstellen. Denn im Grunde besagt die reichsgerichtliche Auffassung nichts anderes, als daß die Identität der Tat einer allgemeinen Bestimmung nicht fähig sei. Damit wird aber die Entscheidung in einer für den Angeklagten so überaus wichtigen Frage völlig dem Ermessen des Gerichts überlassen. Jedenfalls hat Schwinge[83]) vollkommen

78) Nämlich Grünhut Mon. Schr. Krim. Psychol. 1934 S. 336; Ehrhardt Seite 41 ff.; Dünhaupt S. 35 ff.
79) Schwinge, S. 215.
80) Vgl. z. B. E. 56, 324 f.; 61, 314 ff.; 62, 112 ff.
81) E. 61, 317.
82) E. 56, 325.
83) a.a.O., S. 221.

Recht, wenn er im Ergebnis seiner kritischen Würdigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts feststellt, daß die „unbestimmte und verschwimmende Formel" des Reichsgerichts keine stets sichere Abgrenzung dessen ermöglicht, was alles unter den Begriff der Tat im Sinne der Strafprozeßordnung fällt[84]).

Dieser Überzeugung waren zwar bereits auch Zeiler und seine Anhänger und hier vor allem Nüse, indem er zeigte (S. 54 und 55 seiner Abhandlung), daß das Reichsgericht sich selbst nicht einmal konsequent an die wenigen Erfordernisse gehalten hat, die es im allgemeinen an die Identität der Tat stellt, und bisweilen zeitlich und räumlich weit auseinander liegende, tatbestandsmäßig verschiedene historische Vorgänge wie Stücke einer Tat behandelte[85]).

Indessen zogen die genannten Schriftsteller gleich Nüse hieraus die ganz und gar unzulässige Folgerung, daß die Identität der Tat kein gesetzliches Hindernis für die unumschränkte Zulassung der Wahlfeststellung bilde. Allerdings bietet die Formel des Reichsgerichts keine Möglichkeit, der Zulässigkeit wahlweiser Feststellungen eine klare Grenze zu ziehen. Allein damit ist, wie oben bereits gesagt, noch keineswegs die Unmöglichkeit einer solchen Grenzziehung unter dem Gesichtspunkt der Identität der Tat dargetan.

Tatsache ist, daß unsere Strafprozeßordnung auch heute noch zwischen Identität und Heterogenität der Tat unterscheidet und daß diese Unterscheidung einen Grundpfeiler unseres Strafverfahrens bildet. Es hatten daher Zeiler und seine Anhänger das Gesetz gegen sich[86]) und insoweit muß ihnen auch heute noch, jedenfalls de lege lata, aber auch, wie wir noch zeigen werden, de lege ferenda mit Entschiedenheit entgegengetreten werden und das umsomehr, als die Gefahr besteht, daß ihre unhaltbaren Forderungen von damals sich jetzt auf der Grundlage der getroffenen gesetzlichen Regelung des Alternativproblems, die diese Forderungen scheinbar erfüllt hat, gegen die Grundsätze der geltenden Strafprozeßordnung durchsetzen.

Soll, wie wir es fordern, die Identität der Tat nach wie vor die Grenze der Zulässigkeit wahlweiser Feststellungen im Strafprozeß bilden, so bedingt dies freilich eine klare und scharfe Umgrenzung des Tatbegriffs. Hierzu genügt nun aber keineswegs, daß man wie das Reichsgericht „Tat" durch das Wort „Vorkommnis" oder dergleichen ersetzt, womit für die Frage der Identität überhaupt nichts gewonnen ist[87]). Eine begrifflich klare Scheidung von Identität und Heterogenität, von Einheit und Mehrheit der Tat erweist sich vielmehr erst dann überhaupt als möglich, wenn man sich

---

84) Vergl. E. 8, 139 „unter welchen Voraussetzungen eine solche Identität stattfindet, läßt sich nach einer allgemeinen durchgreifenden Formel nicht bestimmen."

85) Grundlegend E. 8, 135: Diebstahl und Hehlerei = ein „historisches Vorkommnis", unabhängig von dem Zwischenraum, der zeitlich zwischen den beiden in Betracht kommenden Einzelvorgängen besteht.

86) Hieraus erklärt sich nicht zuletzt, daß ihrem Kampf um eine erweiterte Zulassung der Wahlfeststellung so lange Zeit der praktische Erfolg überhaupt versagt geblieben ist.

87) „Der Begriff Vorkommnis enthält ebensowenig wie der Begriff Zeitabschnitt ein Kriterium für die Abgrenzung der Einheiten der mit diesem Begriff gemeinten Gegenstände." K. Liu S. 17, wo treffend gezeigt wird, wie unglücklich die Wahl des Ausdrucks „Vorkommnis" ist.

von der rein naturalistischen Betrachtungsweise des Reichsgerichts abwendet und sich an Stelle außerjuristischer, „natürlicher" Unterscheidungsmerkmale eines normativen Kriteriums bedient.

Die Heranziehung natürlicher Kriterien liegt allerdings nahe. Der Laie wird es in der Regel sicherlich auf natürliche Merkmale abstellen, da er über einen anderweitigen Maßstab nicht verfügt. So wird ihm vor allem die örtliche und zeitliche Koinzidenz Kriterium dafür sein, ob eine oder mehrere verschiedene Taten gegeben sind. Im „Leben" spricht man ja ohne weiteres von einer Mehrheit von Taten, wenn der Täter zu verschiedenen Zeiten oder verschiedenen Orts tätig geworden ist. Allein, sobald ein zweifelhafter Grenzfall in Frage steht, lassen uns derartige Unterscheidungsmerkmale im Stich. Stellen sich z. B. mehrere aufeinander folgende Beschimpfungen oder Betrügereien als stetige Folge eines einheitlichen Ganzen (und darum als eine Tat) oder als durch Einschnitte getrennte Einzelvorgänge (und darum als mehrere Taten) dar?[88]).

Die Frage, ob eine Reihe einzelner Tätigkeitsakte zu einer oder mehreren Taten zusammenzufassen sind, läßt sich „aus ihnen selbst nicht enträtseln"[89]). Sie kann vielmehr allgemein immer nur an Hand eines außerhalb der zu wertenden Materie gelegenen Maßstabes beurteilt werden. Dieser Maßstab, den die natürliche Anschauung allein niemals abgeben kann — ein solcher Maßstab ist weiterer objektiver Zergliederung nicht zugänglich[90]) — kann für den Juristen nur in der Rechtsordnung gelegen sein, für den Kriminalisten also speziell in der Strafrechtsordnung, so, wie sie das menschliche Verhalten sieht und wertet. Dem Kriminalisten stellt sich das als Einheit dar, was im Strafgestzbuch in gesetzlichen Tatbeständen zu Einheiten verbunden ist oder wie Schwinge sagt: „Es zerlegt sich für die Strafprozeßordnung alles menschliche Handeln in ebensoviele Einheiten, als Tatbestände des materiellen Strafrechts verwirklicht sind (221). „Tat" im Sinne der Strafprozeßordnung ist daher zunächst gleichbedeutend mit konkreter tatbestandsmäßiger Handlung und demzufolge Identität der Tat mit Gleichheit des tatbestandsmäßigen Geschehens. Damit aber haben wir an Stelle der im Grunde nichtssagenden Formel des Reichsgerichts ein normatives Kriterium gewonnen, das eine sichere Abgrenzung gewährleistet, und es erweist sich so die Identität nicht als eine natürlich gegebene sondern als eine „rechtlich vorgeformte Größe"[91]).

Diese Erkenntnis ist allerdings nicht neu. Die Einseitigkeit einer rein naturalistischen Betrachtungsweise hat wohl zuerst Beling[92]) klar erkannt, und hierzu ausgeführt, daß der den Prozeßgegenstand bildende Ausschnitt aus dem Leben des Beschuldigten einen verschiedenen Umfang aufweise, je nachdem, unter welchem Gesichtspunkt man ihn betrachtet. Für den Juristen aber komme es darauf an, den für das Recht maßgebenden Blickpunkt aus-

---

88) Vergl. Grünhut „Begriffsbildung". S. 12.
89) Vgl. Grünhut, a.a.O. S. 12 f.
90) Vgl. Honig „Studien" S. 11 ff. und S. 57.
91) Grünhut Mon. Krim. Psychol. 34, 336: „Was als Gegenstand des Prozesses eine Einheit bildet, kann psychologisch etwas Verschiedenes und insbesondere für den Angeklagten Verschiedenes sein".
92) Bennecke-Beling, Lehrbuch d. d. Strafprozeßrechts 1900 S. 212.

findig zu machen: „Welche Einzeltatsachen zusammenhängend den „historischen Vorgang" bilden, beantwortet sich an Hand des materiellen Strafrechts". Damit war zum ersten Male ein normativer Gesichtspunkt zur Bestimmung des prozessualen Tatbegriffs eingeführt.

Wenn auch später Sauer[93]) klar erkannte, daß es für das Identitätsproblem „eben nicht auf die natürliche Gleichheit der Tatsachen, sondern auf ihre rechtliche Gleichwertigkeit" ankomme[94]), so erfuhr die grundlegende Erkenntnis Belings erst in der Monographie seines Schülers Keetsin Liu, „Der Begriff der Identität der Tat im geltenden Dt. Strafprozeßrecht", 1927, ihre volle Auswertung.

Keetsin Liu wendet sich zunächst mit Recht gegen die herrschende Auffassung, wonach allgemeine Regeln, nach welchen die Idendität der Tat bestimmt werden könnte, sich nicht geben ließen. Allerdings sei mit der Ersetzung des Wortes „Tat" durch das Wort „Vorkommnis" oder dergl. nichts gewonnen. Denn der Begriff Vorkommnis enthalte, ähnlich wie der Begriff „Zeitabschnitt", kein Kriterium für die Abgrenzung der Einheiten der mit diesem Begriff gemeinten Gegenstände, „der Zielgegenstände dieses Begriffes". Vielmehr müsse man, wenn man in dem Gegebenen Einheiten finden wolle, das Gegebene unter gewissen Gesichtspunkten betrachten. Als solche aber kämen für das Strafprozeßrecht nur die Verbrechensbegriffe in Betracht: „Was der Strafrechtsordner als eine Tat ansieht, das ist auch für den Richter, der die Pflicht hat, das materielle Recht anzuwenden, eine Tat" (93). Die Sätze des materiellen Strafrechts sind es also, welche die Einheit der Tat in erster Linie bestimmen (22). Die Einheiten, die der Strafprozeßordnung zugrunde liegen, sind die Einzeltatbestände des besonderen Teiles. Zu diesen habe der Richter das ihm vorliegende Tatsachenmaterial in Beziehung zu setzen: „Der Vorstellungsgegenstand Tat ist aufzufassen als der Gegenstand einer nach Maßgabe der Verbrechensbegriffe umgebildeten Vorstellung von Umständen" (30). Die entscheidende Frage lautet nun, welche Verschiedenheiten dieser Umstände die Identität beeinflussen und welche nicht. Der einzige Weg, auf welchem man zu einer Antwort auf diese Frage gelangen könne, ist für Keetsin Liu die Unterscheidung zwischen substantivischen und adjektivischen Umständen. Diese Unterscheidung sei zwar im allgemeinen nicht immer leicht zu treffen, für die Straftat aber gäbe es in dieser Richtung kaum Zweifel: „Hier gibt es kein Belieben; der Rechtsordner zwingt uns durch seine Brille zu sehen". Das Substantivische innerhalb des Verbrechensbegriffes ist die Hand-

---

93) Grundlagen des Prozeßrechts. S. 195 ff.

94) S. 195: „Das Problem läßt sich nämlich durchaus befriedigend lösen, wenn man die Tatsachen in Verbindung und nur in Verbindung mit den Rechtsnormen betrachtet". Vgl. auch Rosenfeld, Lehrbuch 4/5. Aufl. 1912 S. 167: Tat = „die dem Beschuldigten zur Last gelegte Handlung in derjenigen äußeren Gestaltung des gesetzlichen Tatbestandes, wie sie sich nach dem jeweiligen Ergebnis des Verfahrens darstellt . . . Note 22: „Zu Grunde zu legen ist also nicht der viel weitere Begriff des gesamten „Vorgangs", innerhalb dessen u. a. auch der inkriminierte Tatbestand verwirklicht wurde". Ferner Oster S. 22: Tat ist „die konkrete, einen unabhängigen Tatbestand einmalig erfüllende Handlung".

lung; alle übrigen Bestandteile, die Gesamtheit der Eigenschaften der Handlung machen das Adjektivische aus. Dasjenige äußere Geschehen, das der tatbestandsmäßigen Handlung (der Ausführungshandlung) entspricht, wird substantivisch vorgestellt, alles übrige adjektivisch. Die adjektivischen Umstände (z. B. Zeit und Ort der Tat; Beschaffenheit und Individualität des Angriffsobjekts) dürfen andere Gestalt annehmen (oder solche hinzutreten oder wegfallen), ohne daß hierdurch die Identität der Tat aufgehoben wird. Wechseln hingegen die substantivischen Umstände, so geht die Identität der Tat verloren (S. 30). Wie weit mit dieser Unterscheidung zwischen „substantivischen" und „adjektivischen" Umständen wirklich etwas gewonnen ist, kann hier nicht näher erörtert werden (vgl. die Kritik Mannheims in ZStW. 49, 706—708). Bemerkt sei hier nur noch, daß Keetsin Liu die Ausdrücke substantivisch und adjektivisch nur „vergleichsweise" gebraucht und daß es sich hierbei für ihn um ein „psychisches Phänomen handelt, das sich nicht weiter definieren läßt". (Im einzelnen siehe hierzu vor allem S. 30 ff.). Derartige Unterscheidungen fanden sich der Sache nach schon bei anderen Schriftstellern. Keetsin Liu ging nun aber einen Schritt weiter, indem er zeigte, daß volle Identität aller substantivischen Elemente nicht erforderlich ist, damit Identität im strafprozessualen Sinne gegeben sei. Identität der Tat im Sinne der Strafprozeßordnung sei überhaupt keine Identität, denn Identität im strafprozessualen Sinne erfordere nur Gemeinsamkeit eines substantivischen Tatumstandes. Handlungen, die lediglich ein solches Element gemeinsam haben, seien zwar in Wahrheit nicht mehr identisch — (ebensowenig wie eine Wohnung mit einem ihrer Räume) — wohl aber betrachte sie unsere Strafprozeßordnung als eine Tat.

Daß volle Identität aller substantivischen Elemente nicht verlangt werden kann, folgert Keetsin Liu schon mit Recht aus § 265 Abs. II, wonach es dem Gericht gestattet ist, hinsichtlich solcher Umstände, die die Strafbarkeit erhöhen, vom Eröffnungsbeschluß abzuweichen. Nun gibt es aber eine Reihe qualifizierender Tatumstände, die den Grundtatbestand um ein neues Handlungselement, also zweifellos um einen substantivischen Umstand bereichern. Erweitere man nun „diese nur für qualifizierende und priviligierende substantivische Tatumstände geltende Regel im Wege der Analogie — der Sinn der Beschränkung wäre nicht einzusehen" — so komme man damit schon zu der allgemeinen Regel, „daß dem Strafprozeßrecht entsprochen ist, wenn der in der Anklage und in dem Eröffnungsbeschluß bezeichnete Gegenstand einerseits und der Gegenstand des Urteils andererseits auch nur ein substantivisches, als Handlungselement in Betracht kommendes Element, gemeinsam haben" (S. 56/57).

Auch Schwinge erkennt diese Beweisführung Keetsin Lius als zutreffend an. Er zeigt sodann aber (S. 224) mit Recht, daß „es des Umwegs über § 265 II gar nicht bedarf": Wenn das Gericht, das in der rechtlichen Beurteilung des vom Eröffnungsbeschluß zugrunde liegenden Vorgangs völlig unabhängig ist (§ 264 II, § 265 I StPO.), zu einem neuen rechtlichen Gesichtspunkt übergeht, so hat dies regelmäßig auch eine Verschiebung des rechtlich relevanten Tatsachenkomplexes zur Folge. Denn den verschiedenen Delikten entsprechen verschiedene Tatbestandsmerkmale und damit regelmäßig verschiedene Ausführungstätigkeiten, sodaß man für die Regel der Fälle be-

haupten kann, daß bei Übergang zu einem neuen rechtlichen Gesichtspunkt die Identität der Tat nur teilweise gewahrt bleibt.

Fassen wir das bisher Gesagte zusammen, so gelangen wir zu folgendem Ergebnis: Der Tat im Sinne des Verfahrensrechts entspricht die tatbestandsmäßige Handlung. Unter „Tat" ist demnach zu verstehen, die konkrete, einen unabhängigen Tatbestand einmalig erfüllende Handlung[95]). „Identität der Tat" liegt vor, wenn die konkreten Tatbestandsverwirklichungen sich ganz oder teilweise decken oder wie Grünhut[96]) sagt: „Ein Verhalten erscheint in Bezug auf zwei gesetzliche Tatbestände als e i n e Handlung (gemeint ist „Tat" im Sinne der StPO.), wenn einzelne Akte dieses Verhaltens unter Tatbestandsmerkmale beider Deliktstypen subsumierbar sind".

Damit sind die Grundsätze, die das Reichsgericht für den materiellrechtlichen Handlungsbegriff aufgestellt hat, auf das verfahrensrechtliche Gebiet übertragen, nachdem zuvor gezeigt wurde, daß ohne Zuhilfenahme der Sätze des materiellen Strafrechts die Frage nach Tateinheit oder Tatmehrheit nicht zu lösen ist. Der Satz des Reichsgerichst, daß der verfahrensrechtliche Begriff der Tat mit dem materiellrechtlichen der Handlung nichts gemein habe, hat daher nur insoweit seine Richtigkeit, als unsere Formel nicht alle Fälle der Tatidentität erfaßt, sondern, wie wir nunmehr im Anschluß an Schwinge noch zu zeigen haben, der „Ergänzung durch eine zweite Formel bedarf"[97]). Der prozessuale Tatbegriff und der materiellrechtliche Handlungsbegriff verhalten sich zueinander wie zwei konzentrische Kreise, von denen derjenige, der dem verfahrensrechtlichen Begriff der Tat entspricht, den größeren Radius hat: „Alles, was unter den materiellrechtlichen Begriff der Handlung fällt, fällt auch unter den prozessualen Tatbegriff, dieser ist aber weiter und begreift noch eine Anzahl Fälle mehr in sich" (Schwinge S. 216). Gemeint sind hiermit die Fälle der zweiten Gruppe, bei denen die Identität der Tat nicht auf der Einheit der Handlung, sondern auf der Einheit der R e c h t s g u t s v e r l e t z u n g beruht.

Wir erwähnten bereits auf S. 43, daß es das Verdienst von Schwinge ist, die Fälle der Tatidentität in zwei klare Untergruppen zerlegt zu haben. An dieser Stelle gilt es nun zu zeigen, ob die Einbeziehung der Fälle der zweiten Gruppe unter den Begriff derselben Tat sachlich berechtigt ist.

Dabei wollen wir zunächst einmal sehen, welche unerfreuliche Folgen man in Kauf zu nehmen hätte, wenn man wie Keetsin Liu glaubt, mit der oben gegebenen Formel alle Fälle der Tatidentität erfassen zu können: Würde z. B. das Gericht in der Hauptverhandlung zu der Überzeugung kommen, daß der wegen Hehlerei beschuldigte Angeklagte die fragliche Sache gestohlen oder sich am Diebstahl als Mittäter beteiligt hat, so müßte es zu einem Freispruch kommen und eine neue Anklage abwarten. Denn es stehen hier Tatsachenkomplexe in Frage, die kein Handlungselement gemeinsam haben, also zwei „Taten". Entsprechendes würde gelten, wenn an Stelle von Anstiftung oder Beihilfe Täterschaft tritt — (vom Standpunkt der objektiven Teilnahmetheorien aus betrachtet) — oder eine Ausführungs-

95) Oster S. 22.
96) „Begriffsbildung", S. 13.
97) Schwinge S. 211.

handlung (z. B. Mord) an Stelle einer als delictum sui generis erscheinenden Vorbereitungshandlung (Verabredung zum Mord) gesetzt wird. In all diesen Fällen läge der Übergang zu einer anderen „Tat" vor. Dies nehmen denn auch einige Schriftsteller in der Tat an[98]). Sie haben jedoch dabei die Rechtsprechung und das gesamte übrige Schrifttum gegen sich, die die Identität der Tat auch in obigen Fällen bejahen, obschon bei ihnen von Identität der Handlung nicht mehr die Rede sein kann.

Wie aber läßt es sich rechtfertigen, eine „Tat" im Sinne der Strafprozeßordnung in bestimmten Fällen auch bei Vorliegen mehrerer natürlich und tatbestandsmäßig selbständiger Handlungen anzunehmen?

Hier kommt vor allem dem Reichsgericht das Verdienst zu, das Element, das zur Zusammenziehung mehrere Tätigkeitsakte berechtigt, nicht nur in der Handlung gesehen zu haben. Wie wir oben gesehen haben, hat das Reichsgericht unter gewissen Voraussetzungen das Vorliegen von Identität der Tat auch dann bejaht, wenn mehrere selbständige, tatbestandsmäßig von einander unabhängige Handlungen in Frage stehen, wobei es zeitlich und räumlich weit auseinander liegende Tätigkeitsakte wie Teile einer Tat behandelt. In dieser Beziehung sind die auch von Schwinge angeführten Entscheidungen in RGSt. 8, 135 sowie 28, 323 von grundlegender Bedeutung:

Der erstgenannten Entscheidung lag folgender Vorfall zugrunde:

Der Angeklagte war von der Beschuldigung, gestohlene Sachen gehehlt zu haben, rechtskräftig freigesprochen worden. Nachträglich wurde er des Diebstahls der betreffenden Sachen beschuldigt und als Dieb überführt von der Strafkammer verurteilt. Das Reichsgericht hob jedoch das Urteil wegen Verletzung des Grundsatzes „ne bis in idem" auf (wegen Klagverbrauchs). Während die Vorinstanz die Zulässigkeit einer Verurteilung mit der tatbestandsmäßigen Unvereinbarkeit von Diebstahl und Hehlerei begründete, erklärte das Reichsgericht, daß die Strafkammer das erst später zur Hebung gelangte Tatsachenmaterial schon in der ersten Hauptverhandlung hätte berücksichtigen dürfen und sollen; denn beide Tatsachenkomplexe, die für die Hehlerei und für den Diebstahl in Betracht kommenden Handlungen gehörten „zu ein- und demselben historischen Vorkommnis im weiteren (!) Sinne" und seien wegen der Identität der Rechtsgutsverletzung innerlich zusammen gehörende Vorgänge. Die Entscheidung wird hier also nicht nur auf ein natürliches Merkmal — (Zugehörigkeit zu demselben historischen Vorgang im weitesten Sinne) — sondern zugleich auch auf ein normatives Kriterium (Identität der Rechtsgutsverletzung) abgestellt.

Was die zweite der oben angeführten Entscheidungen betrifft, so interessiert diese vor allem wegen der dort sich zunächst findenden Feststellung, daß Gründe der Zweckmäßigkeit — („Vermeidung unnützer Vervielfältigung der Prozeduren") — dafür sprächen, die Grenzen zulässiger Klageänderung möglichst auszudehnen. Identität der Tat sei auch dann anzunehmen, „wenn die Anschuldigung des Diebstahls sich in das Delikt der Hehlerei . . . umwandelt, obwohl unverkennbar bei allen diesen Klagänderungen sowohl begrifflich wie tatsächlich nach Zeit, Ort, Begehungsart

98) Vor allem Keetsin Liu S. 32, Gerland, Lehrbuch S. 378. Binding Abhdlg. II, 329.

die äußere Erscheinung des eigentlichen Handelns sich aufs wesentlichste verändert und nur noch in dem konkreten Objekte der Rechtsverletzung, der Identität der gestohlenen oder gehehlten Sache . . . ein gewisser historischer Zusammenhang (!) gewahrt bleibt".

Klar und deutlich findet sich hier der Gedanke ausgesprochen, daß die Fälle teilweiser oder völliger Identität der Handlung (der „äußeren Erscheinung") das Gebiet der ein- und derselben Tat nicht ausfüllen, sondern daß es darüber hinaus noch weitere Fälle gibt, bei denen trotz mangelnder Identität der „natürlichen" Handlung die Identität der Tat gewahrt bleibt. Mit Recht mißt Schwinge es dem Reichsgericht als Verdienst zu, der „Sonderbedeutung dieser Fälle" stets Rechnung getragen zu haben. Indessen hat das Reichsgericht diese Fälle niemals deutlich von denjenigen unterschieden, wo volle oder teilweise Identität des äußeren Geschehens (d. h. der konkreten Ausführungstätigkeit) die Identität der Tat begründet. Anstatt klar auszusprechen, daß jener Teil der Fälle überhaupt nicht mit Hilfe natürlicher Merkmale erfaßt werden kann, nahm es eine Erweiterung seines naturalistischen Tatbegriffs vor und erachtete mehrere selbständige Handlungen als „ein- und demselben historischen Vorkommnis in weiterem Sinne zugehörig". Zugleich stellte es allerdings, wie wir oben schon hervorgehoben haben, auch auf die Identität der Rechtsgutsverletzung im gegebenen Fall ab. Allein dieser wertende Gesichtspunkt findet sich in den Entscheidungen des Reichsgerichts immer nur neben naturalistischen Gesichtspunkten verwandt und tritt bisweilen ganz in den Hintergrund[99]), obschon gerade er und überhaupt nur er als identifizierendes Element hier in Betracht kommt.

Sachlich aber pflichten wir dem Reichsgericht vollkommen darin bei, wenn es auch bei Vorliegen eines einheitlichen Rechtsgutsangriffs trotz Mehrheit der Handlungen im natürlichen Sinne eine identische Tat im Sinne der StPO. für gegeben erachtet und hierbei ausdrücklich auf den Zweck der in Betracht kommenden Verfahrensvorschriften, vor allem des § 264 StPO. Bezug nimmt.

In diesem Punkt begegnen sich die Gedankengänge des Reichsgerichts mit denen Belings in seinem Lehrbuch des Reichsstrafprozeßrechts S. 114, wo er sagt: „Da der Begriff des konkreten Prozeßgegenstandes dem praktischen Zwecke der Sonderung der Prozesse und der Konzentration jedes von ihnen dient, hinter diesem Zwecke aber die Interessen der Beteiligten stehen, so werden die in Rede stehenden Wandlungen des Tatbildes immer an diesem Zweck und Interessenmaßstab zu messen sein".

Auch Schwinge nimmt mit Recht derartige Zweckmäßigkeitspunkte zur Hilfe. (S. 230/31). Daß man ohne sie nicht auskommen könne, zeige sich gleich bei der Frage, ob der § 264 auch die Fälle der zweiten Gruppe (Einheit der Rechtsgutsverletzung) umfaßt. Der Begriff der Tat werde im Strafrecht sowohl im Sinne von „tatbestandsmäßige Handlung" wie auch in der Bedeutung „Schutzobjekts- und Rechtsgutsverletzung" gebraucht, könne daher sowohl das eine wie das andere als auch beides umfassen. Daß das letztere der Fall sei, lasse sich zwar nicht aus dem Wortlaut, wohl aber aus der ratio

99) Vgl. z. B. RG. 61, 314.

legis dieser Vorschrift nachweisen. Der Staat sowohl wie der Beschuldigte seien daran interessiert, daß alles Zusammengehörige in einem Prozeß restlos erfaßt werde. Wodurch diese Zusammengehörigkeit begründet wird, ob durch Identität der konkreten tatbestandsmäßigen Handlung oder durch Identität des materiellrechtlichen Unrechtsgehalts der Handlungen sei demgegenüber gleichgültig. Sinn und Zweck des § 264 StPO. erforderten, daß zwischen beiden Fällen kein Unterschied gemacht werde. Entsprechendes gelte für die Rechtskraft:

„Wenn in dem zweiten Verfahren eine Tat unter Anklage gestellt ist, die im Unrechtsgehalt mit der rechtskräftig abgeurteilten Handlung übereinstimmt, muß das Interesse der Allgemeinheit an restloser Pönalisierung der Angelegenheit aus Gründen staatlicher Verfahrensökonomie sowie mit Rücksicht auf das Interesse des Beschuldigten an Verschonung von einem nochmaligen Zugriff der staatlichen Strafgewalt zurücktreten" (S. 231).

So kommt Schwinge in klarer Formulierung zu dem richtigen und praktisch brauchbaren Ergebnis, daß Identität der Tat nicht nur vorliegt:

1. bei „mindestens stückweiser Identität der konkreten Ausführungstätigkeiten" (Einheit der Handlung) sondern darüber hinaus auch

2. bei „Identität des materiellen Unrechtsgehalts der miteinander verglichenen, äußerlich voneinander verschiedenen Handlungen" [100]) (Einheit der Rechtsgutsverletzung trotz Mehrheit der Handlungen), d. h., wenn „die mehreren Handlungen sich gegen das gleiche Angriffsobjekt richten oder doch wenigstens (bei Verschiedenheit des Angriffsobjekts) als fortgesetzte Handlung oder Kollektivdelikt ein Wertganzes bilden".

In materiellrechtlicher Beziehung entsprechen die Fälle der ersten Gruppe denen der Idealkonkurrenz oder der Gesetzeskonkurrenz, die der zweiten Gruppe denen der strafumfaßten Vor- und Nachtat. —

Nunmehr gilt es, das gefundene Ergebnis für die Lösung unserer Frage nutzbar zu machen: Wenn die Wahlfeststellung, wie wir gezeigt haben, sich innerhalb der „Tat" im Sinne der Strafprozeßordnung halten muß, und demzufolge alternative Feststellung mehrerer „Taten" unerlaubt ist, so bedeutet dies, daß die Wahlfeststellung (§ 2b) zulässig ist, wenn die zur Wahl stehenden Möglichkeiten durch die Einheit der Handlung oder (bei Mehrheit selbständiger Handlungen) durch die Einheit des angegriffenen Schutz- und Handlungsobjektes zu einer „Tat" im Sinne der Strafprozeßordnung verbunden sind [101]).

Wir geben zu, daß unsere Lösung des Alternativproblems, die den Anwendungsbereich des § 2b, wie es scheint, nicht unbeträchtlich einschränkt,

---

100) Schwinge a.a.O. S. 236. Ähnlich Grünhut Mon. Schr. Krim. Psych. 1934 S. 336 . . „Wenn ein einheitlicher Angriff gegen dasselbe Rechtsgut verschiedener Handlungen den gleichen rechtlichen Unwert verleiht".

101) Ganz in diesem Sinne schon Dünhaupt S. 38 für das alte Recht. Dagegen erachtet Grünhut a.a.O. S. 327 ff. die Wahlfeststellung nur bei Einheit der Rechtsgutsverletzung für zulässig. Der Gesetzesvorschlag von Ehrhardt S. 54 ging insofern über das Ziel hinaus, als er auch die Fälle der „reinen Rechtsalternativität" (siehe oben S. 13 ff.) umfaßt.

überraschen muß. Denn weder die Fassung noch die amtliche Begründung dieser Vorschrift gewähren einen Anhaltspunkt dafür, daß die Zulässigkeit der Wahlfeststellung auch weiterhin an die Voraussetzung der Tatidentität gebunden sein soll [102]). Nur so können wir uns überhaupt erklären, daß in einigen Kommentaren zu § 2b ohne jede Begründung einfach behauptet wird, daß auch die Identität der Tat keine Schranke mehr für die Wahlfeststellung bedeute [103]). Scheint es doch offensichtlich, daß der Gesetzgeber den Forderungen Zeilers und seiner Anhänger, die nicht einmal nach dem früher geltenden Recht die Identität der Tat als Schranke der Zulässigkeit von Wahlfeststellungen anerkennen wollten, in vollem Umfange nachgekommen ist. Und in der Tat unterscheidet sich die Fassung des § 2b nur ganz unwesentlich von den Gesetzesvorschlägen, die diese allzu warmherzigen Vorkämpfer der Wahlfeststellung gemacht haben [104]).

Dies alles aber kann uns nicht beirren, sondern gibt uns nur zu der Vermutung Anlaß, daß auch der Gesetzgeber (wie Zeiler und seine Anhänger) glaubte, die Rechtsprechung des Reichsgerichts beweise, daß sich eine klare Grenze überhaupt nicht ziehen lasse, und daß man daher alternative Tatbestandsfeststellungen entweder völlig ablehnen oder sie unbeschränkt zulassen müsse, soweit ein Verstoß gegen das Strafgesetz einwandfrei feststeht. In Wahrheit aber besteht diese Alternative nicht. Denn, wie wir gesehen haben, ist unter Zuhilfenahme normativer Kriterien die Scheidung von Identität und Heterogenität der Tat sehr wohl generell durchführbar, sodaß dieser Gesichtspunkt keineswegs von vornherein auszuscheiden hat, wenn es gilt, der Zulässigkeit von Wahlfeststellungen im Strafprozeß eine klare und feste Grenze zu ziehen.

Eine generelle Begrenzung der Zulässigkeit unter dem Gesichtspunkt der Identität der Tat ist aber nicht nur durchaus möglich, sondern vor allem auch gesetzlich notwendig. Solange unsere Strafprozeßordnung an der Einheit des Prozeßgegenstandes festhält, ist trotz der weiten Fassung des § 2b jede Wahlfeststellung ungesetzlich, die alternativ mehrere Prozeßgegenstände verbindet, sei es, daß sie alternativ mehrere Beschuldigte [105]), oder alternativ mehrere „Taten" zum Gegenstand hat.

---

102) Wohl aber dürfte zu Gunsten unserer Lösung sprechen, daß der Vorschlag der amtlichen Gesetzgebungskommission (siehe Gürtner S. 215) den Zusatz enthält, „das Gleiche gilt, wenn feststeht, daß jemand gegen das Gesetz verstoßen hat, aber nichtfestgestellt werden kann, durch welche von mehreren Handlungen dies geschehen ist", und daß dieser Zusatz nicht in das Gesetz (§ 2b) aufgenommen worden ist. Die Mitteilung Schäfers bei Gürtner, 2. Auflage S. 218, daß die Vorschläge der Kommission durch Art. 2 der Novelle (= § 2b) zum Gesetz erhoben seien, ist daher insoweit unrichtig.

103) Friedrich Schwarz S. 42 f. meint sogar, daß es sich in § 2b zunächst sowohl um mehrere Strafgesetze, als auch um „verschiedene „Taten" (!) im Sinne des § 264 StPO. handelt (?) Späterhin folgt dann die kühne Behauptung unter der „Tat" im Sinne des § 2b sei nicht nur die Tat im Sinne des § 264 zu verstehen, sondern „schlechthin der Gegenstand der Beweisaufnahme und des Beweisergebnisses". (?)

104) Zitiert bei Nüse, S. 64/65.

105) Es kommen Fälle vor, in denen nur A oder B der Täter gewesen sein kann. Niemand wird hier eine alternative Verurteilung beider auch nur

Im folgenden gilt es, die errungene Position — zumal sie de lege lata [106]) von niemandem geteilt wird — nach allen Seiten hin zu befestigen, und sie gegen Angriffe zu schützen, die in den Augen mancher im Stande sein könnten, sie zu erschüttern.

Der Haupteinwand, welcher gegen unsere Lösung des Alternativproblems erhoben werden wird, betrifft vor allem ihre praktische Brauchbarkeit: Es möge ja zutreffen, daß die alternative Feststellung mehrerer „Taten" dogmatischen Bedenken begegne. Allein es sei mit der nationalsozialistischen Rechtsauffassung unvereinbar, strafprozessualen Dogmen zu Liebe den Anwendungsberich des § 2b derart einzugrenzen, daß immer noch in einer Reihe von Fällen Freisprüche unvermeidbar sein würden, obschon „feststeht, daß jemand gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat". Mit voller Absicht habe der Gesetzgeber den § 2b so weit gefaßt, daß er auch auf die Fälle mangelnder Tatidentität mitbezogen werden kann. Denn Sinn und Zweck der neuen Regelung sei ja gerade, ungerechte Freisprüche zu verhüten, wie schon die Überschrift beweise. Ein Freispruch sei aber auch im Falle mangelnder Tatidentität nicht minder „ungerecht", wenn ungeachtet dieses Mangels so viel doch sicher ist, daß der Täter jedenfalls eines von mehreren Strafgestzen verletzt hat. Die Wahlfeststellung müsse daher auch hier gestattet sein, soll der „Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit" im Strafrecht vollständig durchgeführt werden.

---

in Erwägung ziehen, obschon ein Verstoß gegen das Strafgesetz mit Sicherheit feststeht und daher einer der ergehenden Freisprüche jedenfalls „ungerecht" ist.

106) mit Ausnahme von Oetker, GS. 1935 S. 417, wobei ich annehme, daß sich die diesbezüglichen Ausführungen auch auf das geltende Recht beziehen sollen (?). Nach Abschluß dieses Teils der Arbeit sehe ich, daß offenbar auch Niethammer (in Olshausen Nachtrag § 2b, 7 und 8, sowie Kohlrausch, StGB. zu § 2b, II auf unserem Standpunkt stehen. So sagt Niethammer, a.a.O. „Als erste verfahrensrechtliche Voraussetzung ist die Nämlichkeit der Tat im Sinne des § 264 StPO. zu beachten. Hier gilt durchaus das, was der Rechtssatz des Beschlusses der Vereinigten Strafsenate hervorhebt." (Hier wurde ausdrücklich an dem Erfordernis der Identität der Tat festgehalten) . . . und weiter unten: „Eine Anklage, die sich wahlweise auf diese oder jene Tat (gemeint ist Tat im Sinne der StPO.) erstreckt, ist im Gesetz nicht vorgesehen. Der § 264 aber legt den Gegenstand der Tat so fest, daß diese sich immer nur auf die Anklage beziehen muß. Die Herkunft der Schwierigkeit läßt erwarten, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts sie von sich aus überwinden wird" (?). — Auch Kohlrausch (a.a.O.) ist im Ergebnis unserer Meinung, wenn er sagt: „Gegenstand der Verurteilung ist hier ein Gesamtverhalten. Die verschiedenen unterstellten Möglichkeiten müssen — (einerlei, welche der Wirklichkeit entspricht) — Bestandteil dieses einheitlichen Verhaltens sein. Nur so trifft der Richter keine Verdachtsfeststellungen (die auch durch Häufung keine Schuldfeststellung ergeben), sondern eine Schuldfeststellung . . . Und weiter unten . . . Kein solches Gesamtverhalten würde vorliegen, wenn ein Mädchen erzählt, mit ihrem Vater geschlechtlich verkehrt zu haben. Hier hat sie zwar entweder Blutschande oder Verleumdung begangen" . . .„Es handelt sich hier um zwei Vorgänge, die weder äußerlich („historisch") noch sonstwie zusammenhängen, die sich nicht gegen das gleiche Rechtsgut richten und auch sittlich nicht vergleichbar sind: Hier alternativ feststellen hieße: Ein Verhalten unterstellen und das Mädchen nach der einen oder anderen Seite hin ungerechtfertigt verdächtigen" (Hierzu siehe unten S. 57 ff. der Ausführungen).

Und dennoch vermögen wir uns nicht über die schweren Bedenken hinwegzusetzen, die sich unseres Erachtens auch de lege ferenda grundsätzlich gegen die unbeschränkte Zulassung wahldeutiger Feststellungen erheben.

Sowohl das geltende wie das kommende Strafrecht ist auf die Bestrafung von Taten abgestellt. Auch das Willensstrafrecht[107]) ist kein Täterstrafrecht, sondern ein Tatbestandsstrafrecht. Baut das Willensstrafrecht auch nicht auf der vollendeten Tat auf, so macht es doch ebenso wie das bisherige Recht die Bestrafung von der Begehung einer Straftat abhängig. Grundsätzlich soll nur dasjenige schuldhafte Handeln unter Strafe stehen, das den Beginn oder die Vollendung einer Straftat enthält und nicht etwa, wie man aus der Bezeichnung „Willens"-Strafrecht schließen könnte, jedwede Betätigung des verbrecherischen Willens oder gar schon der festgefaßte Willensentschluß, ein Verbrechen zu begehen. Wir ersehen daraus, daß die wesentliche Neuerung, die das Willensstrafrecht mit sich bringt, lediglich die Strafzumessung betrifft: Der Beginn einer Straftat soll bereits wie die vollendete Straftat bestraft werden. Im übrigen aber enthält das Willensstrafrecht im Grunde nicht mehr als eine Legalisierung der subjektiven Versuchstheorie des Reichsgerichts.

Knüpft also die Bestrafung auch in Zukunft an die Begehung einer individuell bestimmten Tat und nicht an eine bloße „Situation"[108]) an, die jemanden als strafwürdig erscheinen läßt, so wird Grundprinzip auch des kommenden Strafverfahrens sein müssen, daß ehe bestraft werden kann, jedenfalls eine kriminelle „Tat"[109]) bewiesen sein muß, die den Tatbestand eines Verbrechens erfüllt: Die Überzeugung des Richters allein, einen Strafwürdigen vor sich zu haben, darf ebensowenig wie seither zu einer Verurteilung führen. Denn daraufhin strafen, daß der Täter sich in jedem Falle gegen die Rechtsordnung vergangen habe, hieße „die Axt an die Wurzel des Strafrechts legen". „Wozu noch Strafgesetze mit scharfgeschliffenen Deliktsbegriffen, wenn Strafe nicht mehr allein durch deren Verwirklichung bedingt ist, sondern auch ohne die Voraussetzung einer in diesem Sinn bestimmten Tat durch ein anderweitiges Verhalten verwirkt wäre, dessen begriffliche Erfassung immer problematisch bliebe?"[110]).

„Eine Handlung dieses Willens (des Tatausführungswillens) muß vorliegen, wenn das Strafrecht sich für den rechtsbrecherischen Willen interessieren soll", betont selbst Freisler (Seite 40) und bemerkt sodann mit Recht, daß die Handlung in Bezug auf den Tatausführungswillen in der Rechtspflege die Bedeutung einer unerläßlichen Erkenntnisquelle dieses Willens habe. Dann aber muß eine solche Handlung eindeutig festgestellt sein, ehe Strafe verhängt werden darf; denn erst sie gewährt ein sicheres Zeugnis von der spezifischen Beschaffenheit und Schwere der Schuld,

---

107) Freisler S. 11—48 bei Gürtner: „Das kommende deutsche Strafrecht, allgemeiner Teil. 2. Aufl. 1935.

108) Oetker in GS. 106, S. 404.

109) d. h. eine Tat im prozessualen Sinne, also entweder eine tatbestandsmäßige Handlung oder eine Rechtsgutsverletzung.

110) Oetker, a.a.O. S. 406.

die durch ein ihr entsprechendes Strafleiden gesühnt werden soll. Es kann daher auch vom Standpunkt des Willensstrafrechts „ohne Tatindividuum keine Schuldfeststellung, keine Strafgesetzanwendung" (Oetker, S. 417), geben und demzufolge eine Verurteilung auf Grund einer Wahlfeststellung nur gestattet sein, wenn aus dem Sachverhalt mit eindeutiger Bestimmtheit ein „Tatindividuum" erhellt, das dem Tatbilde eines Verbrechens entspricht.

Bis dahin gehen wir durchaus mit Oetker einig. Dagegen erscheint uns die von ihm gezogene Folgerung, daß ein Bedürfnis zu wahlweisen Schuldfeststellungen über den Rahmen hinaus, wie er durch die frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts im 1. Teil der Entscheidung in Bd. 68/257 ff. abgesteckt ist, nicht anerkannt werden könne, nicht als richtig. Wenn Oetker im kommenden Strafrecht die Schranke wieder aufgerichtet sehen will, die das Reichsgericht früher den Wahlfeststellungen mit Rücksicht auf die Identität des gesetzlichen Tatbestandes gezogen hatte, so übersieht er dabei, daß nicht nur die tatbestandsmäßige Handlung, sondern auch die „Schutzobjekts- und Rechtsgutsverletzung" eine „Tat" im Sinne unseres Strafrechts darstellt [111]).

Sowohl das geltende wie das kommende Strafrecht sind von der Idee des Rechtsgutes und seines Schutzes beherrscht [112]). Der Begriff des Rechtsgutes ist die „Grundlage für die Bestimmung des Wesens eines Verbrechens als Angriff auf ein Rechtsgut" [113]). Gerade deshalb erschien es uns gerechtfertigt, das Rechtsgut in dem Sinne zum identifizierenden Merkmal mehrerer Gesetzverletzungen zu machen, daß wir neben der Identität der konkreten Ausführungstätigkeiten der Identität des materiellen Unrechtsgehalts der miteinander verglichenen Handlungen die Wirkung zuerkannten, die Identität der Tat zu garantieren [114]). Die Identität der Tat bildet daher insoweit [115]) nicht nur die Grenze, sondern zugleich auch die Rechtfertigung der Zulässigkeit einer Verurteilung auf Grund wahlweiser Tatbestandsfeststellungen. Denn ungeachtet der Nichtfeststellbarkeit der einen oder anderen Tatbestandsverwirklichung, steht hierbei als Gegenstand der richterlichen Überzeugung mit Bestimmtheit fest, daß eine beiden Tatbeständen gemeinsame Tätigkeit vorgenommen worden ist, die das beiden gemeinsame Rechtsgut verletzt und deshalb aus dem gleichen Grunde Bestrafung erheischt wie die nichtfeststellbaren besonderen Tatbestandsverwirklichungen [116]). Hier würde es offenbar dem gesunden Rechtsgefühl widerstreiten und jeder inneren Rechtfertigung entbehren, wenn man die Zulässigkeit einer Alternativ-Verurteilung wie ehedem das RG. davon abhängig machen wollte, ob der Gesetzgeber die verschiedenen hervorgehobenen Mittel der Rechtsgutsverletzung, wegen deren Verwerflichkeit die Verletzung bestraft wird, als gleichwertige zu einem (Alternativ)-Tat-

111) Vergl. Schwinge S. 231.

112) Wobei man freilich den Begriff des Rechtsgutes nicht „in dem engen individualistisch begrenzten Sinn verstehen wollen muß, wie Freisler und seine Freunde vorgeben" (Lobe in GS. 106/281).

113) Lobe in GS. 106/281.

114) Vgl. auch Dohna in ZStW. 55, S. 574.

115) d. h. insoweit die Identität der Tat auf der Einheit der Rechtsgutsverletzung beruht.

116) Vergl. hierzu Lobe in GS. 104/173.

bestand vereinigt (wie z. B. in § 267) oder ob er die verschiedenen, ihm strafwürdig erscheinenden Arten der Rechtsgutsverletzung als ungleichwertige Tatbestände in einem oder mehreren Paragraphen des StGB. normiert hat (wie z. B. die Verletzung des Eigentums). Wir brauchen wohl kaum den Erwägungen nachzuspüren, von denen der Gesetzgeber sich bei dieser unterschiedlichen Behandlung im Aufbau der Verbrechenstatbestände hat leiten lassen, um feststellen zu können, daß es sich hier vorwiegend um etwas Äußerliches handelt und jedenfalls an Wahlfeststellungen nicht gedacht war. Daraus folgerte das RG. mit Recht, daß Identität des Strafgesetz paragraphen nicht notwendig sei, um eine Verurteilung auf Grund alternativer Feststellungen zu rechtfertigen. Indem es jedoch an der Identität des Tatbestandes als unerläßliche Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Wahlfeststellung glaubte festhalten zu müssen, forderte es die Kritik der Wissenschaft heraus, die insoweit durchaus berechtigt war. Denn eine so selbständige und darum entscheidende Bedeutung kommt dem Tatbestand, der nur eine äußere Einheit darstellt, nicht zu. — (Dies wäre nur dann der Fall, wenn das Gesetz den strafrechtlichen Schutz eines Rechtsgutes jeweils in einem Tatbestand erschöpfend geregelt hätte, es also überall da einen alternativen Tatbestand geschaffen hätte, wo es die Verletzung des Rechtsgutes nicht schlechthin unter Strafe stellen wollte). —

Darum begrüßen wir es — im Gegensatz zu Oetker, — daß der Gesetzgeber in § 2b die Schranke hat fallen lassen, die das Reichsgericht den wahldeutigen Feststellungen durch das Erfordernis der Identität des Tatbestandes gezogen hatte. Die Fassung des § 2b aber halten wir für mißglückt; denn sie könnte den Anschein erwecken, als ob im Falle der Wahlfeststellung der Richter nunmehr auch von der Schranke des § 264 StPO. befreit sein sollte.

Man möchte versucht sein, diese Schranke dadurch zu überwinden, daß man im Hinblick auf die allgemein zugelassene Wahlfeststellung eine entsprechende Erweiterung der verfahrensrechtlichen Einheit „Tat" vornimmt; gegen ein solches Beginnen [117]) erheben sich jedoch schwere Bedenken, über die man nicht hinwegsehen kann: Mit der Erweiterung des Begriffs der „Tat" und damit des Gegenstandes der richterlichen Kognition im anhängigen Prozeß würde ja nicht nur der Kreis zulässiger Wahlfeststellungen, sondern zugleich auch die Möglichkeit einer Klageänderung und damit auch, was besonders wichtigt ist, der Umfang der Rechtskraftswirkung eine entsprechende Vergrößerung erfahren [118]). Die Folge wäre, daß der Angeklagte in immer mehr Fällen sich mit Erfolg auf das Verbot „ne bis in idem" berufen könnte. Das aber würde eine viel empfindlichere Verletzung des Rechtsverwirklichungsinteresses der Allgemeinheit bedeuten, als die durch einen engeren Tatbegriff eingeschränkte Möglichkeit einer Verurteilung auf Grund wahlweiser Feststellungen. Und gibt man schließlich das Prinzip der Identität der Tat vollends preis, so ginge der Sinn des Satzes „ne bis in idem" überhaupt verloren.

---

117) wie wir es z. B. bei Nüse finden können! Siehe oben S. 40 ff.
118) Vergl. Dünhaupt S. 34.

Es sind daher alle Versuche, die Schranke der Tatidentität durch Erweiterung des Tatbegriffs zu überwinden, ganz entschieden zurückzuweisen, zumal der Gewinn (Vergrößerung des Kreises zulässiger Wahlfeststellung) in seinem Werte zum mindesten problematisch wäre. Denn es ist, wie wir nunmehr noch zeigen wollen, keineswegs der einzige Vorzug unserer Lösung, daß sie mit einigen der wichtigsten Grundsätze des geltenden Verfahrensrechts in Einklang steht. Hinzu kommt, daß sie weitgehend die Wahlfeststellung dort ausschließt, wo in der sittlichen Bewertung der verschiedenen Möglichkeiten ein auffälliges Mißverhältnis obwaltet. Gedacht ist hier an die Fälle: Falsche Anschuldigung oder Blutschande [119]), Meineid oder leichte Körperverletzung [120]), Mord oder grober Unfug [121]), Meineid oder falsche Anschuldigung, Verführung einer Minderjährigen oder Beschimpfung des Andenkens einer Verstorbenen [122]) usw.

Daß all diese Fälle der Mehrheit des historischen Vorgangs nicht mittels Wahlfeststellung entschieden werden können, ist kein Nachteil, sondern im Gegenteil gerade ein Vorzug unserer Lösung. Denn gerade derartige Fälle sind es, die das Reichsgericht [123]) im Auge hat, wenn es sagt: Der wahlweise Richterspruch belaste den Verurteilten durch die Anführung der Möglichkeiten, hinter denen keine Wirklichkeit stehe, zu Unrecht mit einem öffentlich bescheinigten Verdacht. Die Ungerechtigkeit einer solchen Bloßstellung dränge sich da besonders auf, wo mehrere Verfehlungen, die eine verschiedene seelische Verfassung des Täters voraussetzen und ihm eine verschiedene sittliche Bewertung zuziehen, in die Wahl aufgenommen würden.

Diese Erwägung, die sich gegen die unbegrenzte Zulässigkeit der Wahlfeststellung richtet, trifft durchaus zu. Die wahlweise Feststellung mehrerer sittlich völlig verschiedener Taten hat zur Folge, daß die Ehre des Verurteilten in mehrfacher Hinsicht gemindert wird, obgleich es bestimmt nur eine spezifische Schuld ist, die er trägt [124]). Die Ehrenminderung ist also in einer Beziehung jedenfalls ungerechtfertigt. Wird im Urteil festgestellt, daß die Angeklagte entweder eine falsche Anschuldigung erstattet oder Blutschande getrieben habe, so gerät sie in den Verruf, möglicherweise eine üble Denunziantin zu sein, zugleich aber lastet auf ihr der schwere „öffentlich bescheinigte Verdacht" der Blutschande. Praktisch muß die Verurteilte damit rechnen, daß sie sowohl als Denunziantin wie als Blutschänderin verschrien wird, Damit aber widerfährt ihr in einer Beziehung jedenfalls ein Unrecht. Die Ungerechtigkeit, die der Verurteilte in solchen Fällen erleidet, ist dann umso größer, wenn er in Wirklichkeit gerade das mildere Delikt begangen hat und er nun zugleich des schwereren (der Blutschande, des Meineides, des Mordes usw.) verdächtigt wird. Durchaus treffend bemerkt hierzu Friedrich Schwarz (S. 70), daß Zeiler nicht beigepflichtet werden könne, wenn er meint, gegen

---

119) s. oben S. 38, Nr. 2.
120) s. oben S. 39.
121) Dieser Fall ist von Friedrich Schwarz S. 76 näher ausgeführt.
122) Ein Fall von Zeiler in DRZ. 1914, S. 529.
123) RG. 68/261.
124) Vergl. F. Schwarz S. 65 ff.!

eine solche Verdächtigung sprächen nur gefühlsmäßige Bedenken [125]); denn in diesem Gefühl liege nicht nur ein unbehagliches Empfinden, sondern das Empfinden einer Ungerechtigkeit, „die man — wenn auch nicht juristisch, so doch dem tatsächlichen Erfolge entsprechend — als Verdachtsstrafe bezeichnen kann."

So sehen wir, daß die unbegrenzte Zulassung der Wahlfeststellung letzten Endes auf die Wiedereinführung von Verdachtsstrafen hinausläuft; und zwar nicht nur zum Schaden des betroffenen einzelnen, sondern zum Schaden der Allgemeinheit. Denn „die Freiheit ist ein Rechtsgut aller Volksgenossen und ihre Wahrung ein Bestandteil der gesamten Rechtsordnung. Diese und damit die Belange aller Volksgenossen werden verletzt, wenn einem ihrer Genossen durch Auferlegung einer Strafe, die nicht gerechtfertigt ist, seine Freiheit beschränkt wird" [126]). — Darum würden wir es begrüßen, wenn das kommende Strafrecht eine Verurteilung auf Grund wahlweiser Tatsachenfeststellungen nur dann zuläßt, wenn feststeht, daß der Täter ein bestimmtes Rechtsgut — so oder so — verletzt hat. Denn in allen anderen Fällen stellt die zweifache Ehrenminderung, die mit jeder wahlweisen Tatbestandsfeststellung verbunden ist, eine untragbare Ungerechtigkeit dar. Dies gilt insbesondere auch in dem Falle der wahlweisen Feststellung von Betrug und versuchter Abtreibung, wie gegen Friedr. Schwarz (S. 75) gesagt werden muß. Nicht nur in den Augen des Juristen, wie Schwarz meint, sondern auch in denen des Laien besteht zwischen Betrug und Abtreibung in sittlicher Beziehung ein weiter Abstand, mag der Täter auch jedenfalls in gewinnsüchtiger Absicht gehandelt haben. Auch hier würde der Verurteilte zu Unrecht nach der einen oder anderen Seite hin verdächtigt, da eben Abtreibung und Betrug sittlich nicht vergleichbar sind [127]).

Nun hat zwar auch der Gesetzgeber die Bedenken nicht übersehen, die sich in solchen Fällen, bei denen der Verurteilte zu Unrecht mit einem „öffentlich bescheinigten Verdacht" belastet wird, gegen die Zulässigkeit der Wahlfeststellung erheben. Allein er irrte sich darin, wenn er glaubte, diesen Bedenken dadurch Rechnung zu tragen, daß er in § 267b StPO. bestimmte, daß der Angeklagte in der Formel nur der Verletzung des anzuwendenden mildesten Gesetzes schuldig zu sprechen sei. Gewiß wird durch die eindeutige

---

125) Zeiler, in DRZ. 1914 Sp. 531: „Was hier vor einer Verurteilung zurückschrecken kann, ist, soweit ich sehe, nur das Gefühl, daß zwischen einer Körperverletzung und einem Meineid doch ein allzu großer Abstand sei, während bei Betrug oder Unterschlagung, bei Diebstahl oder Hehlerei doch eine bestimmte Sache, ihr Besitz, die Verfügung über sie, so oder so das Bindeglied bildet. Aber es ist eben nur ein Gefühl, das uns beengt."

126) Lobe in GS. 1934, S. 165.

127) de lege lata (§ 2b) ist allerdings auch nach der von uns vertretenen Auffassung eine Verurteilung auf Grund wahlweiser Tatbestandsfeststellung zulässig. Die „Identität der Tat" ist in diesem Falle (näher dargestellt auf S. 10 Fall 4b) deshalb gewahrt, weil die konkreten Ausführungstätigkeiten sich hier wenigstens zum Teile decken (auch handelt es sich hierbei um einen einheitlichen „historischen Vorgang" im Sinne des Reichsgerichts). Zulässig ist auch die Wahlfeststellung zwischen Raubversuch und Notzuchtsversuch (Fall 4a, S. 10). Eine Möglichkeit, auch diese Fälle aus dem Kreise zulässiger Wahlfeststellungen auszuscheiden, besteht bei der heutigen Gesetzeslage leider nicht.

Urteilsformel die übermäßige und darum ungerechtfertigte Verrufswirkung des Wahlurteils gemildert; sie wird jedoch hierdurch keineswegs völlig ausgeschlossen, ja nicht einmal in nennenswertem Maße auch nur herabgemindert, wie Friedrich Schwarz (S. 67) mit überzeugenden Gründen dargetan hat. Denn die Urteilsgründe werden in aller Öffentlichkeit verkündet und müssen gemäß § 267b Abs. 2 StPO. sämtliche als verletzt in Betracht kommenden Gesetze angeben. Sie haben ferner darzulegen, welche Tatsachen, wenn auch unvollständig, für die eine Gesetzesverletzung, welche Tatsachen, wenn auch unvollständig, für die andere Gesetzesverletzung sprechen und müssen schließlich dartun, weshalb es dem Gericht unmöglich war, eine eindeutige Feststellung zu treffen. Somit kann der vom Gericht im Urteil ausgesprochene Verdacht, daß der Angeklagte ebensogut die schwerere Straftat begangen haben kann, ohne weiteres und leicht in die Öffentlichkeit gelangen, und das umsomehr, als damit zu rechnen ist, daß der eine oder andere Bekannte des Angeklagten bei der Hauptverhandlung zugegen sein wird und auch die Presse nicht daran gehindert ist, wahrheitsgetreu den „interessanten Fall" ihren Lesern zu berichten. Der Verurteilte wird also darauf gefaßt sein müssen, wegen beider Taten ins Gerede zu kommen.

Es bewendet also bei dem gegen die unumschränkte Zulassung der Wahlfeststellung geäußerten Bedenken, daß in all den Fällen, in denen die sittliche Verwerflichkeit der wahlweise festgestellten Straftaten verschieden zu werten ist, das wahlweise Urteil unvermeidlich zu einer ungerechtfertigten Bloßstellung des Verurteilten führt. Das durchaus begründete Bedenken des Reichsgerichts wird eben nicht durch die Anordnung des § 267b Abs. I StPO. beseitigt [128]).

B.: Behandlung von Einzelfragen, die sich bei der Verwendung der Wahlfeststellung auf Grund § 2b ergeben.

I. Materiellrechtliche Fragen.

1. Die Bestrafung „aus dem mildesten Gesetz".

a) In aller Regel führt die wahlweise Tatfeststellung auch zu einem wahlweisen Strafausspruch. Da ein solcher keine genügende Grundlage für die Strafvollstreckung bietet [1]), so ist der Richter, wenn er zur Straffestsetzung schreitet, gehalten, die gebliebene Alternative in der Weise aufzulösen, daß er von den verschiedenen alternativ festgestellten Möglichkeiten der Tatbegehung eine auswählt und nur diese seinem Strafausspruch zu Grunde legt. Nach welchem Kriterium aber soll die Auswahl erfolgen?

Diese Frage wird in § 2b dahingehend beantwortet, daß der Täter „aus dem mildesten Gesetz" zu bestrafen ist. Tatsächliche Grundlage für die Straffestsetzung bei der Wahlfeststellung auf Grund § 2b ist mithin derjenige

---

128) Vergl. außer Friedrich Schwarz auch Lobe in GS. 107, 132 f.!
1) vgl. Teil I d. Ausführungen S. 7, Anm. 1.

(wahlweise festgestellte) Tathergang, der den Tatbestand des „mildesten Gesetzes" erfüllt[2]).

Die Regelung des § 2b beruht auf dem von alters her geltenden Grundsatz „in rebus criminalibus dubiis sententia mitior pro reo". Der Täter soll wegen der Zweifelhaftigkeit der wahldeutigen Tatfeststellungen mit der für jede Alternative mildesten Bestrafung davonkommen. Dies ist der Grundgedanke der „Bestrafung aus dem mildesten Gesetz", aus dem sich der Maßstab ergibt, nach dem die Ermittlung des „anzuwendenden" Gesetzes zu erfolgen hat. Mildestes Gesetz im Sinne des § 2b ist nicht etwa, wie man meinen könnte, das Gesetz, das die mildeste Strafdrohung enthält, sondern dasjenige, dessen Anwendung auf den gerade zur Beurteilung stehenden Einzelfall unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Strafzumessungsgründe — nicht nur der gesetzlichen — für den Angeklagten am günstigsten ist[3]).

Die Frage, welches Gesetz das mildeste sei, kann der Richter daher nur dann immer richtig beantworten, nachdem er festgestellt hat, welche Strafe er für angemessen halten würde, wenn zweifelsfrei der eine, welche, wenn zweifelsfrei der andere gesetzliche Tatbestand erfüllt wäre[4]). Die mildeste Strafe ist dann maßgebend. Das Gesetz, auf Grund dessen sich die mildeste Strafe ergibt, ist im Sinne von § 2b das mildeste, mag es auch an sich, d. h. abstrakt gesehen, das strengere Gesetz sein, weil es z. B. bei gleicher Strafart das höchste Strafmaß androht.

In den meisten Fällen wird allerdings das Gesetz mit der mildesten Strafdrohung auch zur mildesten Bestrafung führen. Dies trifft jedoch keineswegs immer zu. Daß das Gesetz, welches die mildeste Strafdrohung enthält, keineswegs stets das für den Täter günstigste und deshalb nicht stets das „mildeste" im Sinne von § 2b ist, möge folgender Fall veranschaulichen:

Wahlfeststellung zwischen Abtreibungsversuch und vollendetem Betrug![5]). Gewerbsmäßige Begehung der Tat liegt nicht vor. Andererseits kommen auch mildernde Umstände in keinem Falle in Betracht, da die Täterin nicht aus Not gehandelt hat und bereits einmal wegen Abtreibung vorbestraft ist.

Vergleichen wir zunächst die in Betracht kommenden Strafdrohungen, — nämlich die des § 218 II in Verbindung mit § 43 mit der des § 263 Abs. I — so ergibt sich, daß das Strafgesetz gegen Abtreibungsversuch das mildere ist. Denn die Strafe wegen versuchter Abtreibung liegt im Höchstmaß unterhalb der Strafe wegen vollendeten Betruges, während im Mindestmaß beide Strafen die gleichen sind.

Die Täterin müßte demnach — unterstellt, daß mildestes Gesetz im Sinne von § 2b das Gesetz mit der mildesten Strafdrohung sei — „aus § 218 in

---

2) Steht das anzuwendende Gesetz eindeutig fest — (die vom Gesetz nicht geregelten Fälle der Wahlfeststellung; siehe S. 12 f.) —, so muß der Richter die minder strafwürdige konkrete Deliktsgestaltung zu Gunsten des Angeklagten gelten lassen. Denn „in dubio mitius pro reo"!

3) In diesem Sinne vor allem Bruns Dt. Strafr. 1936, S. 277 ff., Friedrich Schwarz S. 45 f., Schaffstein in JW. 1936/194.

4) vgl. RG. 70/281, sowie RG. in JW. 1936/193.

5) Vgl. Fall 5 auf Seite 10 (nach RG. in JW. 36, 193 ff.).

Verbindung mit § 43" bestraft werden, so, als ob eindeutig festgestellt wäre, daß die Täterin einen Abtreibungsversuch begangen hat.

Es leuchtet ohne weiteres ein, daß die hierfür angemessene Strafe, — nach der die Täterin zu verurteilen wäre —, erheblich strenger sein kann, als diejenige Strafe, die der Richter bei zweifelsfreiem Nachweis von Betrug für angemessen halten würde, zumal die B. wegen Abtreibung, nicht aber auch wegen Betruges vorbestraft ist. Dann aber wäre gerade das für die Täterin ungünstigste Gesetz angewendet, in Wahrheit also nicht in dubio pro reo, sondern contra reum entschieden worden.

So sehen wir, daß das Gesetz mit der mildesten Strafdrohung keineswegs stets das für den Täter günstigste ist. Mildestes Gesetz im Sinne von § 2b ist deshalb nicht das Gesetz, das die mildeste Strafdrohung enthält, sondern dasjenige, das nach der besonderen Lage des Falles die mildeste Bestrafung des Täters zuläßt. Der Wortlaut des Gesetzes legt allerdings diese Auslegung nicht nahe; sie ist jedoch diejenige, die allein dem in § 2b zum Ausdruck gekommenen Grundsatz „in dubio mitius pro reo" in allen Fällen Rechnung trägt und die daher „auch wohl vom Gesetzgeber bei der Einfügung des § 2b beabsichtigt war" [6]). Es ist also gerade nicht an dem, wie Graf zu Dohna vermeint [7]), daß die in § 2b getroffene Regelung „der Sache nach die Umkehrung des in § 73 angewandten Prinzips" bedeutet. Vielmehr handelt es sich hier, wie Bruns [8]) mit Recht betont, um ein „völlig anderes Prinzip", weshalb es gar nicht erst der von Graf Dohna für erforderlich gehaltenen Prüfung bedarf, ob und inwieweit die dem § 73 zuteil gewordene Auslegung auf § 2b übertragen werden kann. Denn während bei der Ermittlung des strengsten Gesetzes im Sinne des § 73 von den Strafdrohungen auszugehen ist [9]), sind für die Auswahl des mildesten Gesetzes im Sinne des § 2b lediglich die (wahlweise) verwirkten Strafen entscheidend. Eine Übertragung der in Lehre und Rechtsprechung zu § 73 entwickelten Rechtsgrundsätze auf § 2b ist daher in jedem Fall unangebracht.

Allerdings läßt auch Graf zu Dohna [10]) bei der Feststellung des „mildesten Gesetzes" die Frage der Strafzumessung nicht gänzlich außer Betracht. Gleichwohl aber bleibt es dabei stehen, daß das Gesetz mit der mildesten Strafdrohung zu ermitteln sei, indem er von den jeweils in Betracht kommenden Strafzumessungsgründen nur diejenigen berücksichtigt, die zur Anwendung eines von dem normalen abweichenden Strafrahmen führen, — (z. B. mildernde Umstände, wenn das Gesetz hierfür einen herabgesetzten Strafrahmen vorsieht) — nicht aber auch solche, die nur innerhalb

---

6) Schaffstein in JW. 1936, S. 195.
7) ZStW. 55/S. 581.
8) Dt. Strafrecht 1936/S. 278.
9) Das Gesetz selbst stellt es hier im Unterschiede zu der Fassung des § 2b ausdrücklich auf die „angedrohte" Strafe ab! Der Unterschied in der Formulierung ist eben nicht „bedeutungslos", wie Graf zu Dohna a.a.O. meint. Denn nur die Fassung des § 73, nicht auch die des § 2b, zwingt uns, bei der Feststellung, welches Gesetz das mildeste, bezw. strengste ist, von den Strafdrohungen auszugehen!
10) Vergl. ZStW. 55, 585 f., dazu Bruns in Dt. Strafrecht 1936, S. 278.

des betreffenden Strafrahmens wirksam werden, (z. B. einschlägige, nicht rückfallbegründende Vorstrafen).

Zu dem gleichen unbilligen Ergebnis kommt auch Niethammer [11]). Unter ausdrücklicher Ablehnung der hier vertretenen Ansicht folgert auch er aus dem Wortlaut des § 2b, daß in jedem Falle das Gesetz, das die mildeste Strafdrohung enthält, zur Anwendung zu bringen sei. Denn „der in § 2b erteilte Auftrag gehe unzweideutig auf die Anwendung des mildesten Gesetzes". „Die Gebundenheit an den Vergleich der Gesetze" stehe auch dem entgegen, „daß das Gericht auf nicht rückfallbegründende Vorstrafen Rücksicht nimmt."

Zuzugeben ist, daß der Wortlaut des § 2b in der Tat eine solche Auslegung zuläßt. Allein über dem Wortlaut des Gesetzes steht der in ihm zum Ausdruck gekommene Rechtsgedanke. Danach aber kann nur diejenige Auslegung richtig sein, die unter dem mildesten Gesetz im Sinne des § 2b das Gesetz versteht, welches unter Berücksichtigung aller — nicht nur der gesetzlichen — Strafzumessungsgründe zur mildesten Bestrafung führt.

Es bleibt zu wünschen, daß die gesetzliche Regelung der Wahlfeststellung im kommenden Strafrecht eine Fassung erhält, aus der sich klar ergibt, daß das anzuwendende Gesetz nicht nur durch eine Vergleichung der in Betracht kommenden Strafdrohungen, sondern durch eine Vergleichung der wahlweise verwirkten Strafen zu ermitteln ist, daß es also dort nicht wieder heißt, der Täter ist „aus dem mildesten Gesetz" zu bestrafen, sondern etwa folgendermaßen: „Die Strafe ist dem Gesetz zu entnehmen, dessen Anwendung nach Lage des Falles das für den Täter günstigste Ergebnis herbeiführt."

Hält der Richter auf Grund jedes der wahlweise konkurrierenden Delikte eine Strafe von gleicher Art und Höhe für angemessen, so erscheinen die sämtlichen in Betracht kommenden Strafgesetze gleich milde. Welches Gesetz soll dann der Richter anwenden? Da der Angeklagte in der Urteilsformel nur der Verletzung des anzuwendenden Strafgesetzes schuldig zu sprechen, (§ 267b Abs. I StPO.), der Schuldspruch also gleich dem Strafausspruch eindeutig zu halten ist, so hat auch hier, obschon die gleiche Rechtsfolge ausgesprochen wird, unter den wahlweise in Frage stehenden Strafgesetzen eine Wahl zu erfolgen. Dabei hat jedoch der Richter keineswegs freie Hand, wie Ernst Schäfer meint [12]), sondern er muß dasjenige Strafgesetz auswählen, dessen Verletzung von den Volksgenossen, sonderlich aus der Schicht, in welcher der Angeklagte lebt, am mildesten beurteilt wird [13]). Stehen z. B. Betrug und Abtreibung zur Wahl [14]), so hätte sich der Richter zweifellos für Betrug zu entscheiden, da dieser — wenigstens heute — ganz allgemein weniger schlimm gewertet wird, als Abtreibung.

Welchem Strafgesetz aber soll der Richter den Vorzug geben, wenn, wie in den meisten Fällen der Verurteilung auf Grund wahlweiser Feststellungen Diebstahl und Hehlerei in Frage stehen? Hier ist die Ehren-

11) In Olshausen Nachtrag S. 31.
12) Frank Nachtr. S. 194.
13) Vgl. Friedrich Schwarz, S. 49, ferner RG. in JW. 36, S. 194.
14) Es wird allerdings praktisch kaum vorkommen, daß der Richter in einem solchen Fall die gleiche Strafe für angezeigt hält.

minderung für den Verurteilten in beiden Fällen wohl dieselbe, gleichgültig, welches Delikt im Schuldspruch genannt wird. Denn Hehlen ist mindestens so schlimm wie Stehlen. In einem solchen Fall hat der Richter sich zu fragen, ob der Angeklagte nicht vielleicht dennoch eine Verurteilung wegen des einen Deliktes weniger schwer empfände als eine Verurteilung wegen des anderen. Die Antwort hierauf wird sich meist schon aus der Art seiner Verteidigung ergeben, so ohne weiteres dann, wenn der Angeklagte sich nach seiner eigenen Darstellung des Verstoßes gegen eines der in Betracht kommenden Strafgesetze bezichtigt hat[15]).

Erst wenn auch dieser Weg zu keinem Ziele führt, darf der Richter nach seinem freien Ermessen das eine oder andere Gesetz zur Anwendung bringen und in der Urteilsformel als verletzt bezeichnen. Ich würde mich dann für das Gesetz entscheiden, für dessen Verletzung der Sachverhalt die meisten Anhaltspunkte bietet.

Aber auch dann, wenn der Richter für jede der alternativ festgestellten Straftaten eine Strafe von verschiedener Art und Höhe für angemessen hält, kann die Auswahl des mildesten Gesetzes Schwierigkeiten bereiten. Wir denken hierbei an folgende Fälle, die namentlich d a n n in der Praxis leicht vorkommen können, w e n n man mit der herrschenden Ansicht die W a h l f e s t s t e l l u n g auch über die Schranke der „Identität der Tat" hinaus für u n b e s c h r ä n k t zulässig hält:

1. Die wahlweise festgestellte Tat a müßte, wenn sie zweifelsfrei nachgewiesen wäre, mit e i n e m J a h r Z u c h t h a u s, die Tat b mit d r e i J a h r e G e f ä n g n i s geahndet werden.
2. Für die Tat a wäre e i n e G e f ä n g n i s s t r a f e von e i n e r W o c h e, für die Tat b e i n e G e l d s t r a f e von 500.— RM. angemessen.
3. Für die Tat a würde das Gericht eine G e f ä n g n i s s t r a f e von 10 M o n a t e n, für die Tat b eine G e f ä n g n i s s t r a f e von 8 M o n a t e n u n d eine G e l d s t r a f e von 5000.— RM. für angezeigt halten.

In all diesen Zweifelsfällen — es ließen sich leicht noch weitere Kombinationen bilden — handelt es sich darum, daß zur Ermittlung des mildesten Gesetzes Strafen zu vergleichen sind, die nicht nur der Höhe nach, sondern auch ganz oder zum Teil der A r t nach verschieden sind. Dafür, welche Strafe in den angenommenen Fällen sich als die mildere darstellt, ist zunächst die S t r a f a r t entscheidend: Zuchthausstrafe ist strenger als Gefängnisstrafe, jede Freiheitsstrafe strenger als Geldstrafe; deshalb muß im Falle 1 auf Gefängnis, im Falle 2 auf Geldstrafe erkannt werden.

Andererseits leuchtet wohl ein, daß — wenigstens in der Regel — eine Gefängnisstrafe von 3 Jahren den Verurteilten härter trifft, als eine e i n j ä h r i g e Zuchthausstrafe[16]) und eine hohe Geldstrafe unter Umständen härter, als eine geringe Gefängnisstrafe.

---

15) Vgl. RG. in JW. 36, S. 194.

16) zumal dann, wenn er schon früher einmal im Zuchthaus gesessen hat, er also ohnehin „als Zuchthäusler verschrieen" ist!

Man kann daher im Falle 1 von der Gefängnisstrafe nicht sagen, daß sie die „mildeste Strafe" wäre und der Verurteilte sie zum mindesten verdient hätte. Nach der zumindest verdienten Strafe aber ist der Täter zu verurteilen, wenn ihm auch nicht möglicherweise Unrecht geschehen soll. Es gilt daher diejenige Gefängnisstrafe zu ermitteln, die einer einjährigen Zuchthausstrafe gleich zu achten ist. Den Maßstab hierfür gibt § 21 StGB., wonach einer einjährigen Zuchthausstrafe eine Gefängnisstrafe von 1½ Jahren entspricht. Diese Strafe, die in j e d e r der zur Wahl stehenden Strafen enthalten ist, und die der Täter darum jedenfalls verdient hat, stellt sowohl der Art wie dem Maße nach das geringste Strafübel dar. Nach ihr ist deshalb der Täter zu verurteilen und dasjenige Gesetz in der Urteilsformel als verletzt zu bezeichnen, dessen Anwendung zu der dreijährigen Gefängnisstrafe geführt hat[17]). Es geht nicht an, in der Urteilsformel ein zuchthauswürdiges Verbrechen eindeutig als begangen festzustellen und dennoch nur auf eine Gefängnisstrafe zu erkennen.

Entsprechend ist im Falle 2 jedenfalls eine Geldstrafe zu verhängen. Erscheinen RM. 500.— Geldstrafe im Vergleich mit einer Woche Gefängnis für den Täter als das größere Strafübel, so ist auf den Betrag zu erkennen, der sich durch Umwandlung der Freiheitsstrafe (eine Woche Gefängnis) in eine Geldstrafe nach Maßgabe der Vorschriften der § 27b, 27c ergeben würde.

Im Falle 3 — (zu vgl. sind hier 10 Monate Gefängnis mit 8 Monaten Gefängnis und RM. 5000.— Geldstrafe) — ist der Täter zu einer 8 monatlichen Gefängnisstrafe und zu einer Geldstrafe zu verurteilen. Würden RM. 5000.— Geldstrafe den Verurteilten härter treffen als eine z u s ä t z l i c h e Gefängnisstrafe von 2 Monaten, so muß diese Strafe nach billigem Ermessen in eine Geldstrafe umgewandelt und auf den sich hieraus ergebenden Betrag zusätzlich erkannt werden. Das Ergebnis wäre danach dieses, daß bei A r t v e r s c h i e d e n h e i t der wahlweise verwirkten Strafen s t e t s das Gesetz anzuwenden ist, welches die der A r t nach mildeste Strafe ergibt. Stellt diese Strafe wegen ihrer Höhe für den Verurteilten das schwerere Strafübel dar, so hat der Richter die „der Art nach strengere Strafe" (z. B. Zuchthaus) in einer Strafe der milderen Strafart (Gefängnis) umzuwandeln. Nach der sich hieraus ergebenden Strafe ist der Täter dann zu verurteilen.

b) Zu prüfen bleibt, ob und inwieweit auch N e b e n s t r a f e n und a n d e r w e i t i g e Deliktsfolgen, insbesondere die Maßnahmen der Sicherung und Besserung bei der E r m i t t l u n g des mildesten Gesetzes zu berücksichtigen sind.

Der Veranschaulichung dieser Fragestellung mögen folgende Beispielsfälle dienen:

1. Fest steht, daß der Täter entweder gegen § 242 (Diebstahl) oder § 259 (Hehlerei) verstoßen hat. Bei zweifelsfreiem Nachweis des einen oder anderen Tatbestandes wäre jeweils eine Gefängnisstrafe von 3 Monaten angemessen. Daneben müßte wegen der Hehlerei gemäß § 262 auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden.

---

17) Obschon das M a ß der Strafe auf Grund des anderen Gesetzes ermittelt wurde!

2. Zur Wahl stehen schwerer Diebstahl (§ 243) und einfache Hehlerei (§ 259). Für jenen hielte der Richter eine Gefängnisstrafe von 6 Monaten, für diese eine solche von 5 Monaten nebst Anordnung der Zulässigkeit von Polizeiaufsicht für angezeigt.

3. Wahlfeststellung zwischen versuchtem schweren Raub (§§ 249, 250 Ziff. 3 in Verbindung mit § 43) und Nötigung zur Unzucht (§ 176 Ziff. 1). Wegen des Raubversuchs müßte auf zwei Jahre Zuchthaus und daneben auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht gemäß § 256, wegen der Nötigung zur Unzucht auf 1½ Jahren Zuchthaus und daneben auf Anordnung der Entmannung gemäß § 42k StGB. erkannt werden [18]).

1. Im Falle 1 ist ohne Zweifel § 242 das für den Täter günstigste Gesetz; denn die Anwendung des § 242 führt lediglich zu einer 3 monatlichen Gefängnisstrafe, während auf Grund des § 259 neben der gleichen Strafe auch noch auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden könnte und müßte. Der Täter wäre demnach aus § 242 mit 3 Monaten Gefängnis zu bestrafen.

2. Sind die wahlweise verwirkten Hauptstrafen verschieden (Fall 2), so ist für die Ermittelung des mildesten Gesetzes die mildeste Strafe (5 Monate Gefängnis) auch dann maßgebend, wenn nur neben ihr — nicht auch neben der schwereren Strafe — (6 Monate Gefängnis) eine Nebenstrafe verhängt (Zulässigkeit von Polizeiaufsicht) oder eine Nebenfolge angeordnet werden könnte und müßte. Es ist also mildestes Gesetz immer dasjenige, auf Grund dessen sich die mildeste Hauptstrafe ergibt (im angenommenen Fall 2 mithin § 259). Scheint es schon fraglich, ob Hauptstrafen verschiedener Art durch Umwandlung gleichsam auf einen Nenner gebracht und sodann auch der Höhe nach miteinander verglichen werden können, so besteht jedenfalls zwischen Hauptstrafen und anderweitigen Deliktsfolgen — gleichgültig, ob sie Strafcharakter haben oder nicht — keine dem § 21 StBG. entsprechende Vergleichsmöglichkeit [19]). Nebenstrafen und Nebenfolgen sind ihrer Art nach von den Hauptstrafen so völlig verschieden, daß sie immer nur neben diesen, niemals aber statt dieser angeordnet werden können. Sie können daher, wenn die wahlweise verwirkten Hauptstrafen ungleich sind — also in der Regel der Fälle — bei der Ermittlung des mildesten Gesetzes jedenfalls keine Berücksichtigung finden.

An einer Vergleichsmöglichkeit fehlt es auch dann, wenn auf Grund jedes der wahlweise festgestellten Strafgesetze je eine Nebenstrafe bezw. Nebenfolge verhängt werden müßte. (Fall 3). Selbst wenn in diesem Fall die verwirkten Hauptstrafen der Höhe und Art nach die gleichen wären, so könnten die Nebenfolgen nicht berücksichtigt werden. Denn die einzelnen Nebenfolgen und Nebenstrafen sind untereinander so völlig verschiedener Art, daß auch hier ein Vergleich unmöglich ist. Mit Recht bemerkt hierzu Bruns [20]), daß es auch nicht angeht, „hier etwa unter Berufung auf das gesunde Volksempfinden einen Vergleichsmaßstab zu bilden".

---

18) Wobei unterstellt wird, daß alle sonstigen Voraussetzungen des § 42k (Vorstrafen!) vorliegen.
19) Vgl. Bruns, Dt. Strafr. 1936, S. 282.
20) Deutsches Strafrecht 1936, S. 282.

So ergibt sich, daß Nebenstrafen und Nebenfolgen sich in der Regel der Fälle[21]) bei der Auswahl des mildesten Gesetzes nicht berücksichtigen lassen. Zu demselben Ergebnis käme man übrigens auch dann, wenn man mit Graf zu Dohna und Niethammer nicht die wahlweise verwirkten Strafen, sondern die Strafdrohungen der alternativ in Betracht kommenden Gesetze vergleichen würde[22]). Eine Berücksichtigung der Nebenstrafen und Nebenfolgen wäre hierbei nur in dem Falle möglich, in dem die angedrohten Hauptstrafen die gleichen sind und nur nach dem einen Gesetz die Verhängung einer Nebenstrafe bezw. Nebenerfolge (oder beides) zulässig ist.

Zu prüfen bleibt, ob und inwieweit Nebenstrafen und Nebenfolgen, wenn nicht bei der Ermittlung, so doch bei der Anwendung des mildesten Gesetzes auf Grund § 2b zu berücksichtigen sind.

Das Reichsgericht hatte in der grundlegenden Plenarentscheidung vom 2. Mai 1934, in der es zum ersten Mal eine Wahlfeststellung zwischen mehreren gesetzlichen Tatbeständen, nämlich zwischen Hehlerei und Diebstahl zuließ, die Frage dahingehend beantwortet, daß Nebenstrafen und Nebenfolgen nur ausgesprochen werden dürften, wenn sämtliche in Betracht kommenden Gesetze sie androhten.

An diesem Grundsatz will Graf zu Dohna[23]) auch für das neue Recht festhalten: Es müsse als „der Wille des § 2b gelten, daß den Angeklagten kein Rechtsnachteil treffen darf, für den nicht im Falle der einen wie der anderen Variante die Voraussetzungen gegeben sind." Konkurriere z. B. Abtreibung mit Betrug, so dürfte auf Einziehung der bei der Manipulation verwandten Instrumente nicht erkannt werden.

Demgegenüber vertritt Ernst Schäfer[24]) die Ansicht, daß die „zulässigen Nebenstrafen und Nebenfolgen allein aus dem zur Anwendung gebrachten Gesetz zu bestimmen" seien. Den vom Reichsgericht aufgestellten Grundsatz habe der Gesetzgeber „bewußt (!) nicht in das Gesetz aufgenommen", so daß für seine Anwendung künftig kein Raum mehr sei. Vielmehr könne „die Verschiedenheit der Zulassung von Nebenstrafen und Nebenfolgen aus dem einen oder anderen Gesetz nur im Rahmen der Prüfung, welches Gesetz das mildeste ist, Berücksichtigung finden". Mit einem Wort: das mildeste Gesetz soll wie für die Bestrafung, so auch für die Verhängung von Nebenstrafen und Nebenfolgen ausschließlich maßgebend sein.

Dieser Grundsatz kann nicht als richtig anerkannt werden. Wie wir gesehen haben, ist eine Berücksichtigung der Nebenstrafen und Nebenfolgen bei der Auswahl des mildesten Gesetz mangels eines Vergleichsmaßstabes in der Regel der Fälle gerade nicht möglich. In irgend einer Weise aber muß der Wahldeutigkeit der Verbrechensfeststellung auch bei der Verhängung von Nebenstrafen und Nebenfolgen zugunsten des Täters Rechnung getragen werden[25]). Es geht nicht an, im Falle 2 auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht zu erkennen, obschon die Frage offen geblieben ist, ob der Täter sich

---

21) Ausnahme: Fall 1. S. 64 d. Ausführungen.
22) Siehe oben S. 61.
23) in ZStW. 55, S. 582.
24) In Frank, Nachtrag S. 195.
25) Vgl. Bruns, Deutsches Strafrecht 1936, S. 283 und S. 285.

wirklich der Hehlerei schuldig gemacht hat, also des Deliktes, dessen Begehung allein jene besondere Rechtswirkung zur Folge haben kann [26]). Noch unbilliger wäre es, wenn man im Falle 3 auf Grund des mildesten Gesetzes die sichernde Maßnahme der Entmannung anordnen wollte, obschon nicht feststeht, ob der Täter wirklich das Sittlichkeitsdelikt begangen hat, das die Voraussetzung jener sichernden Maßnahme bildet.

So sehen wir, wie man auf Grund der Ansicht von Ernst Schäfer leicht zu Ergebnissen kommt, die der Gesetzgeber schwerlich gewollt haben kann und die jedenfalls mit den Forderungen der materiellen Gerechtigkeit nicht in Einklang stehen. Es muß daher bei dem vom Reichsgericht ausgesprochenen Grundsatz, — daß auf Nebenstrafen und Nebenfolgen einschließlich sichernde Maßnahmen nur dann erkannt werden darf, wenn sie auf Grund jedes der in Betracht kommenden Gesetze zulässig und erforderlich sind —, auch für das neue Recht sein Bewenden haben. Denn anders läßt sich die Wahldeutigkeit der Verbrechensfeststellung bei der Verhängung von Nebenstrafen und Nebenfolgen zugunsten des Täters nicht berücksichtigen. Die Tatsache, daß der Gesetzgeber „bewußt" davon Abstand genommen hat, jenen Grundsatz in das Gesetz aufzunehmen, bildet keinen Hinderungsgrund, ihn als Ausfluß des in § 2b zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedankens in dubio pro reo anzuerkennen [27]).

2. Die „Fiktion der eindeutigen Verurteilung" (§ 267b StPO.).

Gemäß § 267b Abs. I StPO. ist „der Angeklagte in der Urteilsformel nur der Verletzung des anzuwendenden Strafgesetzes schuldig zu sprechen". Es handelt sich hierbei um eine „Art gesetzlicher Fiktion" [28]), die den Richter zwingt, den Schuldspruch so zu gestalten, als ob die mildere Tat eindeutig festgestellt sei. Infolgedessen unterscheidet sich die Urteilsformel eines alternativen Strafurteils in keiner Weise von der eines eindeutigen Straferkenntnisses. Erst aus den Urteilsgründen, die wie eine Korrektur des Tenors wirken, ersieht man, daß der eindeutige Schuldspruch auf einer wahlweisen Tatfeststellung beruht; nur an ihnen erkennt man überhaupt das wahlweise Urteil.

Die von Zeiler [29]) und seinen Anhängern [30]) erhobene Forderung, daß das Strafurteil in allen seinen Teilen vor allem wahr sein müsse, und die daher auch die Urteilsformel alternativ gefaßt wissen wollten, ist also nicht in Erfülung gegangen. Vielmehr ist der Gesetzgeber in § 267b StPO. dem Gesetzesvorschlag von Rumpf [31]) gefolgt, der als einziger unter den Verfechtern alternativer Strafurteile die eindeutige Fassung der Urteilsformel empfohlen hatte.

---

26) „Polizeiaufsicht" ist bei Diebstahl nur neben einer Zuchthausstrafe zulässig, während sie neben jeder Verurteilung wegen Hehlerei ausgesprochen werden darf (§§ 248, 262 StGB.).
27) Vgl. hierzu Bruns, a.a.O. S. 285.
28) Ernst Schäfer in Frank Nachtrag S. 195, s. auch F. Schwarz S. 81.
29) Zeiler in DRZ. 1914, S. 574, zuletzt in Dt. Justiz 1936, S. 640.
30) Vgl. z. B. Schwabe S. 81, Anker S. 43, v. Dassel S. 191.
31) Strafrichter II/157.

Da die Wahldeutigkeit der Tatfeststellung in den Urteilsgründen erkennbar sein muß, so enthält das wahlweise Urteil bei alternativer Tatbestandsverschiedenheit über das vom Angeklagten verübte Verbrechen zwei verschiedene, einander widersprechende Feststellungen. Während die Urteilsformel, die nur einen Teil des Urteils bildet[32]), lautet: „der Angeklagte ist des Deliktes a schuldig und wird deshalb zu . . . verurteilt", ergeben die Urteilsgründe — der andere Teil des Urteils — daß die Begehung des Deliktes a gerade nicht feststeht, der Täter vielmehr entweder das Delikt a oder das Delikt b (oder das Delikt c usw.) begangen hat. Jede dieser beiden Feststellungen hat ihre Vorzüge und Nachteile:

1. Die eindeutige Verbrechensfeststellung in der Formel bildet als solche einen selbständigen Bestandteil der richterlichen Entscheidung. Sie widerspricht indessen der richterlichen Überzeugung, ist also unwahrhaftig.

2. Die wahldeutige Verbrechensfeststellung in den Gründen steht zwar mit der Überzeugung des Richters im Einklang, erscheint aber nur als Begründung der richterlichen Entscheidung (wie die Tatbestandsfeststellung im Zivilurteil) und nicht wie die Verbrechensangabe in der Formel als eine für sich allein bestehende und erhebliche Feststellung.

Es versteht sich, daß in einem späteren gerichtlichen oder sonstigen behördlichen Verfahren nur einer dieser einander widersprechenden Feststellungen gegebenenfalls präjudizielle Wirkung zukommen kann. Entscheidet man sich hierbei zugunsten der „eindeutigen" Tatbestandsfeststellung im Urteilstenor, so gelangt man zu dem von Ernst Schäfer[33]) aufgestellten Grundsatz, daß „das in der Urteilsformel zur Anwendung gebrachte Strafgesetz allein maßgebend ist für die Frage des gleichartigen Rückfalles, des Strafregisters, der Kriminalstatistik für Amnestiefragen und ähnliche Fragen". Danach könnte also z. B. die „eindeutige" Verurteilung wegen des milderen Deliktes zur Stütze einer Rückfallannahme dienen, oder als Unterlage für eine Annahme von gewerbs- oder gewohnheitsmäßiger Begehung von Hehlerei, Wildfrevel, Wucher usw.! Im Strafregister wäre nur das mildere Delikt einzutragen, sodaß der Angeklagte wegen dieses Deliktes als vorbestraft gelten würde! Auf die „eindeutige" Verurteilung wegen des milderen Deliktes dürfte ein Disziplinarverfahren gestützt werden, auch wenn die Begehung des schwereren Deliktes hierzu keine Veranlassung geboten hätte! — Straffreiheit könnte nicht gewährt werden, wenn eine Amnestie nur die schwerere, lediglich in den Gründen genannte Straftat erfaßt.

Trotz der naheliegenden Bedenken, die sich gegen eine solche Behandlung der genannten und entsprechend liegender Fälle erheben, hat Schäfer sich damit begnügt, den Grundsatz „der Maßgeblichkeit des in der Urteilsformel zur Anwendung gebrachten Strafgesetzes" ohne jede weitere Begründung einfach als Folge der „gesetzlichen Fiktion der eindeutigen Verurteilung" hinzustellen.

---

32) Der Laie versteht allerdings unter dem Urteil zumeist nur die Urteilsformel. Für die juristische Betrachtung aber haben Tenor und Gründe als eine Einheit zu gelten. Vgl. Dohna in ZStW. 55/586.

33) Frank Nachtr. S. 195.

Auch Bruns [34]) will grundsätzlich „die Fiktion der eindeutigen Verurteilung" aufrecht erhalten und sie nur dann aufgeben und die Wahldeutigkeit der Gründe entscheidend sein lassen, „wenn es sich nicht um die Beurteilung neuer Ereignisse handelt, sondern ausschließlich um eine erneute Würdigung des alten geschichtlichen Vorkommnisses unter veränderten rechtlichen Gesichtspunkten" [35]). Er führt hierzu unter anderem folgendes aus:

Ausgangspunkt für die Entscheidung müsse die Erkenntnis sein, daß durch § 267b Abs. I „eine Änderung der Rechtslage (!)" gegenüber der frühen zumeist befürworteten alternativen Fassung der Urteilsformel eingetreten sei. Deshalb erscheine es nicht mehr zweifelhaft, daß für das Strafregister, die Kriminalstatistik und die Frage des Rückfalls die Tatsache der eindeutigen Verurteilung auf Grund eines bestimmten Strafgesetzes schlechthin entscheidend sei. Habe das Gericht unter den verschiedenen Alternativen die dem Täter günstigste Möglichkeit seinem Spruch einmal zugrunde gelegt, so müsse es damit in Zukunft sein Bewenden haben. Diese Bestrafung und Belastung habe der Täter zum mindesten verdient; er müsse sie als Verwarnung hinnehmen und weitertragen und möge sein Verhalten in Zukunft danach einrichten. Insoweit gebühre der Eindeutigkeit der Urteilsformel der Vorrang vor der Wahldeutigkeit der Urteilsgründe. Dieser Grundsatz gelte nicht nur für die Beurteilung des weiteren Verhaltens des Täters, sondern ganz allgemein für die Würdigung aller Ereignisse, die nach Rechtskraft des Urteils eintreten; so sei z. B. die „eindeutige" Verurteilung wegen Diebstahls auch dann entscheidend, wenn es sich für die Bestrafung eines Dritten nach § 258 darum handelt, ob der gemäß § 2b verurteilte Täter einen Diebstahl oder eine andere in § 258 nicht genannte Tat begangen hat (!). Nicht einmal dann dürfe auf die wahldeutige Tatfeststellung in den Urteilsgründen zurückgegriffen werden! Die Bedenken, die hiergegen sprechen, seien bekannt und offensichtlich (!) vom Gesetzgeber nicht übersehen worden! (?) Allein, „es gehe nicht an, gegen jede gesetzliche Regelung dieser Frage „wahlweise Bedenken geltend zu machen"! Wer einmal die alternative Fassung der Urteilsformel als eine ungerechtfertigte Anprangerung des Verurteilten gerügt habe, dürfe nunmehr nicht die Eindeutigkeit der Urteilsformel als bedenklich und unbillig bezeichnen, wenn er nicht als „grundsätzlicher Gegner (!) alternativer Schuldfeststellungen angesehen werden" wolle.

Die Ausführungen Bruns vermögen uns in keiner Weise von der Richtigkeit seiner Ansicht zu überzeugen. Wenn das Gesetz in § 267b StPO. den Richter anweist, die Urteilsformel so abzufassen, als ob die Begehung der milderen Straftat eindeutig festgestellt sei, so ergibt sich hieraus keineswegs mit Notwendigkeit der von Bruns gezogene Schluß, daß gegebenenfalls diese Fiktion auch der „Beurteilung später eintretender Ereignisse" zugrunde gelegt werden müsse, daß mit anderen Worten eine Rechtsnorm, die die Begehung eines bestimmten Delikts voraussetzt, grundsätzlich auch dann anzu-

---

34) Dtsch. Strafrecht 1936/S. 286.

35) Hierher rechnet Bruns die Amnestie, die Wiederaufnahme des Verfahrens, sowie den Fall, in dem sich an die Verurteilung eines Beamten gemäß § 2b ein Disziplinarverfahren anschließt.

wenden sei, wenn der Täter nur auf Grund § 2b StGB. in Verbindung mit § 267b StPO. wegen jenes Deliktes „eindeutig" verurteilt worden ist.

In diesem Zusammenhang erscheint es angebracht, sich auf die Zwecke zu besinnen, die das Gesetz mit der Anweisung des § 267b StPO. verfolgt. Wie aus der amtlichen Begründung zu der Novelle hervorgeht, sollte die eindeutige Fassung der Urteilsformel einem Teil der Bedenken Rechnung tragen, welche die Vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts in RG. 68/257 gegen die schrankenlose Zulassung wahlweiser Feststellungen erhoben hatten und die darauf hinausliefen, daß das wahlweise begründete Urteil die Urteilswirkung schädige. Der Zweck der Urteilsformel bestehe bei der Verurteilung nicht allein in der Festsetzung der Strafe, die der Angeklagte zu leiden hat. Der Erklärung über den strafrechtlichen Gehalt der Tat, die das Gericht gegenüber dem Verurteilten und in Bezug auf diesen abgibt, komme keine mindere Bedeutung zu. Die wahldeutigen Feststellungen aber beeinträchtigten diese Erklärung. Gebe der Richter eine kleinere oder größere Zahl möglicherweise vorliegender Verbrechen oder Vergehen in der Urteilsformel kund, so verliere sein Spruch insofern, als er die in Wirklichkeit begangene strafbare Handlung berührt, an Wucht und Stärke, ohne die kein nachhaltiger Eindruck erzielt werden könne. Andererseits belaste ein solcher Spruch durch die Anführungen der Möglichkeiten, hinter denen keine Wirklichkeit steht, den Verurteilten zu Unrecht mit einem öffentlich bescheinigten Verdacht. Die Ungerechtigkeit einer solchen Bloßstellung dränge sich da besonders auf, wo mehrere Verfehlungen, die eine verschiedene Verfassung des Täters voraussetzen und ihm eine verschiedene sittliche Bewertung zuziehen, in die Wahl aufgenommen würden. Es sei daher daran gelegen, daß wahlweise Entscheidungen im Strafverfahren nicht weiter um sich griffen, als ein zwingendes Bedürfnis dies verlange.

Ob und inwieweit diese wohlerwogenen Einwände des Reichsgerichts durch die Regelung des § 267b, wie der Gesetzgeber glaubte, behoben sind, sei hier dahingestellt. Jedenfalls besteht der mit der Anweisung des § 267b verfolgte Zweck darin, die gebliebene Wahldeutigkeit des Sachverhaltes vor den Augen der Umwelt zu verschleiern, die sich erfahrungsgemäß in erster Linie auf die Urteilsformel richten und danach die Tat und den Täter beurteilen. Auf diese Weise sollte einerseits die Eindrucksgewalt des Urteils ungeschmälert erhalten und andererseits der Verurteilte davor bewahrt werden, daß er auch wegen der schwereren Tat in Verruf kommt.

Weder aus dem einen noch dem anderen Zweck der in § 267b getroffenen Regelung läßt sich begründen, daß „die Fiktion der eindeutigen Verurteilung" späterhin aufrecht zu erhalten sei, „wenn es sich um die Beurteilung neuer Ereignisse handelt". Für die Gerichte und sonstige Behörden bleibt das Wahlurteil trotz seines eindeutigen Schuldspruchs eine alternativ zweifelhafte Schuldfeststellung. Für sie hat der eindeutige Schuldspruch in der Formel die in den Gründen erkennbare Wahldeutigkeit der Tatfeststellung nicht beseitigt, denn nur wegen der Urteilswirkung nach außen hin hat der Gesetzgeber die eindeutige Fassung der Urteilsformel vorgeschrieben und nicht etwa auch deshalb, damit das Wahlurteil in Zukunft rechtlich ebenso behandelt werde wie ein auf Grund der milderen Tat ergangenes eindeutiges Urteil. Dem auf Grund § 2b ergangenen Urteil kommt

daher keine dahingehende Feststellungswirkung zu, daß der Verurteilte das mildere Delikt begangen habe [36]). Die Annahme eines dahingehenden Willens des Gesetzes wäre m. E. allenfalls dann gerechtfertigt, wenn das Urteil nur aus der Urteils f o r m e l bestehen würde oder wenn auch in den Gründen die gebliebene Alternative der Tatbegehung in eine eindeutige Feststellung aufgelöst werden müßte, etwa so, wie dies in den Fällen von „scheinbarer Alternativität" zu geschehen hat.

Auch das weitere Argument — („diese B e l a s t u n g hat der Täter zum mindesten verdient") —, mit dem Bruns den von Schäfer aufgestellten „Grundsatz der Maßgeblichkeit der eindeutigen Urteilsformel" verteidigt, kann bei näherem Zusehen nicht standhalten.

Was für die Bestrafung zweifellos gilt, trifft nicht immer und in jeder Beziehung auch auf die Belastung zu: Blieb zum Beispiel offen, ob der Täter versuchte Abtreibung oder Betrug begangen hat, und wird er daraufhin gemäß § 2b in Verbindung mit § 267b Abs. 1 StPO. in der Formel „eindeutig" wegen B e t r u g e s verurteilt, so trifft ihn zwar die Strafe mit Recht; denn die mildeste der wahlweise verwirkten Hauptstrafen ist in der schwereren enthalten. Auch hat er zweifellos die Belastung verdient, die mit j e d e r strafgerichtlichen Verurteilung im allgemeinen verbunden ist: mit Recht gilt er jetzt als v o r b e s t r a f t (jedoch nur wegen eines V e r g e h e n s, das entweder Betrug oder Abtreibung ist), doch hat niemand das Recht, ihn als B e t r ü g e r anzusehen und dementsprechend zu behandeln. Ob er wirklich einen Betrug begangen hat, konnte ja gerade nicht festgestellt werden. Deshalb hat es der Täter nur m ö g l i c h e r w e i s e v e r d i e n t, als Betrüger dazustehen und n i c h t etwa „z u m m i n d e s t e n", wie Bruns meint [37]). Denn die besondere Ehrenminderung, die eine Verurteilung wegen Betruges nach sich zieht, ist gegenüber der Ehrenminderung auf Grund einer Verurteilung wegen Abtreibung n i c h t etwa eine g e r i n g e r e, sondern eine davon völlig verschiedene. Macht sich späterhin der Täter tatsächlich eines Betruges schuldig, so geschähe im fraglos unrecht, wenn der Richter bei der Strafzumessung davon ausgehen würde, daß der Angeklagte bereits e i n s c h l ä g i g vorbestraft ist. Wohl aber darf und muß der Richter strafverschärfend ins Gewicht fallen lassen, daß der Angeklagte bereits zum zweiten Mal gegen das Strafgesetz verstoßen hat.

Schließlich müssen wir Bruns auch darin entgegentreten, wenn er glaubt, diejenigen als grundsätzliche Gegner alternativer Schuldfeststellungen verdächtigen zu können, die gegen die Regelung des § 267b „wahlweise Bedenken" geltend machen. Auch „wer einmal die alternative Fassung der Urteilsformel als eine ungerechtfertigte Anprangerung des Verurteilten gerügt hat", kann nunmehr die Eindeutigkeit der Formel als „bedenklich und unbillig" bezeichnen, wenn er die Folgerungen sieht, die von faktisch maßgebender

---

36) In diesem Sinne auch F. Schwarz S. 57.

37) Schon deshalb muß die Bestimmung des § 267b als mißglückt bezeichnet werden. Es geht nicht an, den Verurteilten in der Urteilsformel, die für das Publikum maßgebend ist, eines sittlich anstößigen Deliktes für schuldig zu erklären, obschon nicht feststeht, daß er dieses Delikt begangen hat! (sondern möglicherweise ein ganz a n d e r e s Vergehen). Vergl. Dohna in ZStW. 55, 586 f. Im einzelnen siehe hierzu S. 79 ff. der Ausführungen.

Seite [38]) hieraus gezogen werden. Darum braucht er noch lange nicht als „grundsätzlicher Gegner alternativer Schuldfeststellungen" angesehen zu werden, weil ihm jetzt im Hinblick auf die unbilligen Folgen die eindeutige Fassung der Formel als das größere Übel erscheint.

Weder Schäfer noch Bruns geben uns eine Antwort darauf, wie sich der Grundsatz der Maßgeblichkeit der Urteilsformel mit den Forderungen der materiellen Gerechtigkeit vereinbaren läßt. Hier aber liegt m. E. der entscheidende Gesichtspunkt! Wurde doch gerade um der materiellen Gerechtigkeit willen die Wahlfeststellung schon jetzt durch das Gesetz ausdrücklich zugelassen. Es kann daher unmöglich als der Wille des Gesetzes gelten, daß durch die „Fiktion der eindeutigen Verurteilung" „für die rechtliche Würdigung späterer Ereignisse die bisherigen Zweifel ein für alle Mal geklärt und damit abgeschlossen sein sollen", wie Bruns meint. Die Ergebnisse, zu denen die Auffassung Ernst Schäfers führt [39]), mögen formal richtig sein, weil nicht die Gründe, sondern der Tenor den entscheidenden Teil des Urteils bilden und dieser eindeutig die Begehung der milderen Tat feststellt; materiell aber sind sie unrichtig und ungerecht, da sie sich ausschließlich auf die „Feststellung" einer Tat gründen, die der Täter zugegebenermaßen ebensogut begangen wie nicht begangen haben kann. Damit aber fällt der aus der „Fiktion der eindeutigen Verurteilung" abgeleitete „Grundsatz der Maßgeblichkeit des in der Urteilsformel zur Anwendung gebrachten Strafgesetzes" und es ist die Frage, welcher der widersprechenden Tatbestandsfeststellungen eines alternativen Strafurteils gegebenenfalls präjudizielle Wirkung zukommt, zugunsten der wahldeutigen Feststellung in den Gründen zu entscheiden. Maßgebend hierfür ist also nicht der auf einer Fiktion beruhende eindeutige Schuldspruch in der Formel, sondern der wahlweise wahre Schuldspruch, wie er sich aus den Gründen des Urteils ergibt. Es kann daher eine Rechtsnorm, die voraussetzt, daß in einem Strafurteil die Begehung eines bestimmten Deliktes festgestellt ist, nur dann Anwendung finden, wenn jenes Strafurteil auf einer eindeutigen Tatbestandsfeststellung beruht [40]). Im einzelnen ergibt sich hieraus folgendes:

1. In der an das Strafregister zu übersendenden Strafnachricht ist unter der Spalte „Bemerkungen" ein Vermerk aufzunehmen, aus dem die Wahldeutigkeit der Tatbestandsfeststellung klar ersichtlich ist. Der Vermerk würde etwa folgendermaßen zu lauten haben: Verurteilung auf Grund wahlweiser Feststellung zwischen § a und § b! Dieser Vermerk erscheint dann ebenso in dem Strafregisterauszug, sodaß späterhin das Gericht sofort im Bilde ist, und es im gegebenen Fall nicht immer erst die betreffenden Akten herbeizuziehen braucht [41]).

2. Das alternative Strafurteil begründet keine einschlägige Vorbestraftheit wegen der einzelnen wahlweise festgestellten Straftaten, auch nicht hinsichtlich der milderen Tat, die in der Urteilsformel „eindeutig" festgestellt ist [41]).

38) Min.Dir. Schäfer hat als Mitglied des Reichsjustizministeriums bei dem Zustandekommen der Vorschriften über die Wahlfeststellung mitgewirkt!
39) Siehe die Beispielsfälle auf S. 68 d. Ausführungen!
40) So auch Graf zu Dohna, a.a.O. S. 587 und Friedrich Schwarz S. 57.
41) ebenso F. Schwarz, S. 58/59.

3. Das wahlweise Urteil wirkt grundsätzlich nicht rückfallbegründend, es sei denn, daß die Rückfallbestimmung, die in den Gründen des Wahlurteils genannten verschiedenen Strafgesetze wahlweise enthält. So wirkt ein Urteil auf Grund einer wahlweisen Feststellung zwischen Diebstahl und Hehlerei zwar für einen späteren Diebstahl rückfallbegründend, nicht aber auch für eine später begangene Hehlerei; denn § 244 StGB. macht die Rückfallstrafe beim Diebstahl davon abhängig, daß der Angeklagte zweimal als Dieb oder Räuber oder gleich einem Räuber oder als Hehler bestraft worden ist, während § 261 nur eine Vorbestrafung wegen Hehlerei als rückfallbegründend vorsieht[42]).

4. Die Vorschrift des § 258 findet keine Anwendung, wenn der Vortäter auf Grund einer Wahlfeststellung zwischen eines der in dieser Bestimmung genannten und eins der dort nicht erwähnten Delikte verurteilt ist.

5. Im Sinne der Vorschrift des § 190 gilt weder die eine noch die andere der alternativ konkurrierenden Straftaten als rechtskräftig festgestellt[43]).

6. Kommt es gegen den gemäß § 2b verurteilten Täter daraufhin zu einem Disziplinarverfahren, so gilt auch für das Disziplinargericht, so weit es an die Feststellung des Strafrichters gebunden ist, die Schuld des Täters als nur wahlweise festgestellt. Es muß daher freisprechen, wenn die Begehung eines der alternativ festgestellten Delikte keine Disziplinarwidrigkeit enthält, mag es auch gerade dasjenige sein, das in der Urteilsformel nicht genannt ist. Im übrigen hat der Disziplinarrichter bei der Strafzumessung diejenige Alternative der Tatbegehung zugrunde zu legen, welche ihm als minder strafwürdig erscheint, dies auch dann, wenn die Kriminalstrafe auf Grund der anderen disziplinarwidrigeren Alternative festgestellt worden ist[44]).

7. Eine Amnestie kommt dem Täter auch dann zugute, wenn von ihr nur die schwerere, lediglich in den Gründen genannte Straftat erfaßt wird.

---

42) Vgl. Zeiler, Dt. Justiz 1934, 907 (von Bruns a.a.O. S. 286 Anm. 16 zu Unrecht als Vertreter seiner Ansicht zitiert!) Für rückfallbegründende Wirkung der Verurteilung außer Schäfer und Bruns (a.a.O.) Schwarz in GS. 106, 259, sowie in DJZ. 1936/214; Staks in JW. 1935, 2939; dagegen Friedrich Schwarz S. 58, Graf zu Dohna in ZStW. 55, 587, Oetker in GS. 106/403.

43) So auch Zeiler Deutsche Justiz 1934 S. 907, Graf zu Dohna, ZStW. 55, 587, Friedrich Schwarz S. 58 und Oetker 403: „Die Regeln des Wahrheitsbeweises versagen, wenn A dem B, gegen den alternativ Hehlerei und Diebstahl festgestellt war, in der Folge vorwirft, er habe gestohlen. Denn durch das Urteil wird die Behauptung weder gestützt noch widerlegt." Entgegen Oetker möchte ich in diesem Fall den Wahrheitsbeweis durch das Urteil als erbracht ansehen, obschon nicht eindeutig feststeht, daß B gestohlen hat. Denn rechtskräftig ist festgestellt, daß B sich in strafbarer Weise gegen das Eigentum vergangen hat, die Behauptung des A somit ihrem wesentlichen Inhalt nach „erweislich wahr". Dagegen wäre m. E. die behauptete Tatsache nicht im Sinne des § 190 als bewiesen anzusehen, wenn der Beleidigte nur wahldeutig verurteilt ist, er habe entweder gestohlen oder den Dieb begünstigt! Vgl. Zeiler DJ. 1934 S. 907.

44) Vgl. Hubernagel, Deutsch. Strafr. 1934/332. Auch Bruns, D. Str. 1936, S. 288 will hier „die Wahldeutigkeit der Tatfeststellungen in den Gründen als entscheidend" ansehen.

Hier wäre es besonders unbillig, wenn ausschließlich die Urteilsformel maßgebend sein sollte, (weshalb auch Bruns, a.a.O. S. 287 die Fiktion der eindeutigen Verurteilung hier aufgibt). Ist also der Angeklagte wegen des Deliktes a oder b verurteilt, so fällt der Verurteilte auch im Falle, daß nur für das Delikt a, — nicht auch für das in der Formel genannte Delikt b — Straffreiheit gewährt wird, unter die Straffreiheit, weil er eben in Wahrheit gerade nicht eindeutig wegen des Verbrechens b verurteilt ist[45]).

II. Verfahrensrechtliche Einzelfragen.

(Durchführung einer Wahlfeststellung nach geltenden Strafprozeßrecht).

1. Wahldeutige Anklage und wahldeutiger Eröffnungsbeschluß.

Wie wir an anderer Stelle[46]) schon ausgeführt haben, sind alternative Anklage und alternativer Eröffnungbeschluß in demselben Umfange zulässig wie das alternative Urteil. Dem steht nicht entgegen, daß sich vor dem Ergebnis der Hauptverhandlung noch nicht endgültig sagen läßt, ob eine Tatfeststellung wirklich nur wahlweise möglich ist. Allerdings wird diese Voraussetzung des § 2b durch eine alternative Anklage vorweggenommen. Indessen wird hierdurch das erkennende Gericht in keiner Weise an der Erforschung des wahren Sachverhalts gehindert, sondern bleibt, obschon eine alternative Schuldfeststellung begehrt wird, gleichwohl gemäß § 155 II. StPO. verpflichtet, unter Anwendung aller ihm zur Verfügung stehenden angemessenen Mittel nach eindeutiger Klärung des Sachverhalts zu streben. Es können also in den Fällen, in denen der Zweifel, der eindeutige Schuldfeststellung hindert, von vorn herein obwaltet, bereits Anklageschrift und Eröffnungsbeschluß wahldeutig gehalten werden, selbst wenn noch damit zu rechnen ist, daß die Hauptverhandlung möglicherweise zu einer eindeutigen Tataufklärung führt. Da § 267b StPO. sich nur auf die Urteilsfassung bezieht, darf hier die Wahldeutigkeit des ermittelten Sachverhalts auch im Tenor zum Ausdruck gebracht werden[47]). Im übrigen sei daran erinnert, daß auch Alternativanklage und Alternativeröffnungsbeschluß einen bestimmten greifbaren Lebensvorgang, eine bestimmte „Tat" im Sinne der StPO. erfassen müssen, daß also eine Anklage, die sich wahlweise auf die eine oder andere „Tat" richtet, nicht zulässig ist, ebenso wie eine Verurteilung auf Grund wahlweiser Feststellung mehrerer „Taten"[48]).

Ob das beschließende Gericht auf Grund einer ihm vorliegenden Alternativanklage das Hauptverfahren eindeutig oder wahldeutig eröffnet, liegt

45) Vgl. Zeiler, in D. Justiz 1934/S. 907. Schwarz StGB. zu § 2b, N. 2 B. N. 2 B.

46) Vgl. S. 33 ff. der Ausf.

47) Vergl. Dohna ZStW. 55, 588.

48) Siehe oben S. 34 ff. Ergeben die Ermittlungen alternativ mehrere selbständige „Reate", so ist unter Umständen kumulative Anklage geboten, nämlich dann, wenn hinsichtlich jeder „Tat" hinreichender Verdacht vorhanden ist. Andernfalls bleibt nur die Möglichkeit, eindeutig wegen der Tat anzuklagen, für welche die Wahrscheinlichkeit spricht, in der Hoffnung, daß die Hauptverhandlung eine eindeutige Aufklärung dieser Tat erbringt.

ganz in seinem Ermessen. Denn im Rahmen derselben „Tat" darf der Eröffnungsbeschluß auch in tatsächlicher Hinsicht von der Anklageschrift abweichen.

Kommt es trotz alternativer Anklage zu einer eindeutigen Eröffnung des Verfahrens, so ist mit dem Eröffnungsbeschluß hinsichtlich des einen Tatbestandes ein die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnender Beschluß hinsichtlich des andern nicht zu verbinden. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der „Unteilbarkeit des Prozeßgegenstandes" [49]). Demgemäß kann es zu einer teilweisen Eröffnung, teilweisen Nichteröffnung des Verfahrens (durch Eröffnungsbeschluß hinsichtlich der einen Tat in Verbindung mit einem Nichteröffnungsbeschluß hinsichtlich der anderen Tat) nur im Falle der Verbindung mehrerer Strafsachen kommen. Denn hier umfaßt die Klage kumulativ mehrere Prozeßgegenstände (die durch die Verbindung ihre Selbständigkeit nicht verlieren), während die Alternativanklage immer nur einen, unteilbaren Prozeßgegenstand enthält.

Wird das Hauptverfahren wahldeutig eröffnet, entschließt sich aber das Gericht dennoch zu einer eindeutigen Verurteilung, so ergeht nicht etwa neben dieser Verurteilung auch noch ein Freispruch wegen des andern, vom Gericht nicht festgestellten Delikts. Denn auch bei wahldeutiger Eröffnung ist Gegenstand der Beurteilung nur eine kriminelle Tat. Wegen einer „Tat" aber gibt es grundsätzlich keine teilweise Verurteilung, teilweise Freisprechung, ebensowenig wie es wegen einer Tat zu einer teilweisen Eröffnung, teilweisen Nichteröffnung des Hauptverfahrens kommen kann.

Stellt sich bei eindeutiger Eröffnung des Verfahrens erst in der Hauptverhandlung die Notwendigkeit einer Wahlfeststellung heraus, so findet § 266 StPO. keine Anwendung, da gleichwohl der Prozeßgegenstand derselbe bleibt und kein weiterer hinzukommt [50]). Wohl aber muß der Angeklagte gemäß § 265 StPO. auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hingewiesen werden, selbst wenn die Bestrafung aus dem im Eröffnungsbeschluß bezeichneten Gesetz erfolgen soll; denn auch das andere Strafgestz dient als Grund für die Verurteilung; und dagegen muß der Angeklagte sich verteidigen können [51]). Auch im umgekehrten Falle, also bei wahlweiser Eröffnung, aber eindeutigem Urteil ist § 265 zur Anwendung zu bringen [52]).

2. Prozeßvoraussetzungen, insbesondere die Frage der Zuständigkeit.

Um zu einem Wahlurteil zu kommen, müssen selbstverständlich für sämtliche Alternativen die Prozeßvoraussetzungen gegeben sein. Stehen z. B. zwei Straftatbestände zur Wahl, von denen der eine einen Strafantrag erfordert, so ist selbstverständlich keine Verurteilung möglich, wenn jener Strafantrag fehlt. Dasselbe gilt, wenn hinsichtlich des einen

---

49) Siehe hierzu vor allem Beling „Reichsstrafprozeßrecht" S. 114 f.

50) Läßt man mit der herrschenden Lehre eine Verurteilung auf Grund wahlweiser Feststellung mehrerer „Taten" zu, so muß in einem solchen Fall, wenn nicht schon die Anklage sich alternativ auf beide „Taten" erstreckte, diese Erstreckung nachträglich auf dem in § 266 StPO. zugelassenen Wege erfolgen. Vgl. Schäfer in Frank Nachtrag S. 193.

51) Vgl. Löwe-Rosenberg, Ergänzungsband § 267b N. 2.

52) Vgl. Kohlrausch StGB. § 2b, V.

der wahlweise in Betracht kommenden Tatbestände die Strafverfolgung verjährt ist oder wenn zwischen der einen Straftat und einer früher rechtskräftig abgeurteilten Tat Fortsetzungszusammenhang obwaltet[53]).

Nicht ganz so einfach ist die Frage der Zuständigkeit zu lösen. Ein Problem taucht hier auf, wenn die zur Wahl stehenden Tatbestände sachlich zur Zuständigkeit verschiedener Gerichte gehören. Eine Reihe von Schriftstellern halten in einem solchen Falle das Gericht niederer Ordnung für zuständig[54]). Sie alle begründen diese Ansicht mit der Erwägung, daß für die Art und Höhe der Strafe doch nur der mildeste Tatbestand entscheidend ist und deshalb solche Fälle „des gleichen praktischen Ergebnisses wegen nicht anders zu behandeln" seien, als die Fälle, in denen der das Urteil bestimmende mildere Tatbestand eindeutig festgestellt wird[55]). Weiterhin ließe sich zu Gunsten der Zuständigkeit des niederen Gerichts noch anführen, daß auch die Schuldigsprechung ausschließlich auf Grund des milderen Gesetzes erfolgt. — Gleichwohl sind wir der Meinung, daß auf die Zuständigkeit des Gerichtes höherer Ordnung nicht verzichtet werden kann, die Zuständigkeit sich also nach der schwereren Straftat richtet[56]). Gelangt auch nur das mildeste Gesetz zur Anwendung, so wird doch die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat auch im Hinblick auf den schwereren Straftatbestand betrachtet und gewürdigt und dieser Tatbestand, wenn auch nur wahlweise und nur in den Gründen, so eben doch festgestellt. Diese Erwägung, die m. E. schon zu Gunsten der Zuständigkeit des höheren Gerichtes spricht, läßt sich nicht dadurch entkräften, daß man mit Wickede[57]) sagt: „Im praktischen Ergebnis läuft die Wahlfeststellung doch nur auf eine Berücksichtigung des milderen Tatbestands hinaus. Die Strafe ist auch nicht höher, als wenn eine eindeutige Feststellung des milderen Tatbestands erfolgt wäre". Die Strafe ist es gewiß nicht, wohl aber die „Verrufswirkung", die bei dem alternativen Strafurteil eine doppelte und in einer Hinsicht auf jeden Fall ungerechtfertigt ist. Es ist z. B. keineswegs praktisch dasselbe, ob in den Urteilsgründen, die öffentlich verkündet werden, festgestellt wird, der Angeklagte habe sich eines Notbetruges schuldig gemacht oder der Angeklagte sei der Abtreibung oder des Notbetruges schuldig.

Als Argument für die Zuständigkeit des Gerichtes höherer Ordnung läßt sich weiterhin anführen, daß bis zum Schluß der Hauptverhandlung immer noch mit der Möglichkeit einer eindeutigen Feststellung des schwereren Deliktes gerechnet werden muß. Dann aber — d. h. wenn eindeutig feststeht, daß der Täter gegen das strengste Gesetz verstoßen hat — müßte das niedere Gericht sich jedenfalls für unzuständig erklären und die Sache an das höhere Gericht überweisen. Dagegen droht keine Überweisung, wenn die Anklage-

---

53) Vgl. Kohlrausch StGB. § 2b V.
54) So Schwarz StPO. S. 245, Zeiler in DRZ. 1914, 572; v. Dassel 193, Anker 45, Wickede 26.
55) Zeiler in DRZ. 1914 S. 572.
56) So auch Friedrich Schwarz S. 53, Graf zu Dohna in ZtSW. 1935 S. 589/90, Zaum S. 47/48.
57) S. 26/27.

behörde — gemäß unserer Auffassung — die Alternativanklage von vornherein bei dem Gericht höherer Ordnung erhebt. Denn „höher Gericht besser Gericht" (vergl. § 269 StPO.), d. h. eine Überweisung wäre hier nicht notwendig, wenn sich in der Verhandlung herausstellen sollte, daß zweifellos der mildere Tatbestand vorliegt.

3. Abstimmung.

Sind die Richter sich in tatsächlicher Beziehung einig und geht der Streit lediglich darum, welches von zwei oder mehreren Gesetzen auf einen völlig aufgeklärten Sachverhalt anwendbar ist, so haben wir es nicht mit einem Problem der Wahlfeststellung zu tun[59]). Stimmen z. B. 2 Richter für Diebstahl, 2 Richter für Unterschlagung und 1 Richter für Untreue, so darf nicht etwa eine Wahlfeststellung zwischen diesen Delikten erfolgen (unterstellt, daß die Handlung in tatsächlicher Beziehung nach allen Seiten feststeht). Wie dieser Fall zu entscheiden ist, mag auf sich beruhen. Jedenfalls ist er auf dem Wege über das Problem der Wahlfeststellung nicht zu lösen[60]).

Hier interessieren nur solche Fälle, bei denen die Zweifel hinsichtlich des anzuwendenden Strafgesetzes ihren Grund in der Unsicherheit des Beweisergebnisses haben; denn nur diese Fälle fallen unter das Problem der Wahlfeststellung, dem allein unsere Schrift gewidmet ist.

Als Beispiel diene folgender Fall:

Bei einem Juwelier wurde in der Nacht eingebrochen. Einige Tage darauf wurde A im Besitze eines der entwendeten Schmuckstücke betroffen. In der Hauptverhandlung behauptet A, er habe das Schmuckstück geschenkt bekommen. Den Namen des Schenkers wolle er aus bestimmten Gründen nicht angeben. In der fraglichen Nacht habe er, wie sonst, in der von ihm gemieteten Mansarde geschlafen. Zeugen für diese Behauptung sind nicht vorhanden. —

Unter den fünf Richtern bilden sich folgende Ansichten:

1. Ein Richter ist für Freispruch, vier Richter sind der Überzeugung, daß sich A an dem Diebstahl beteiligt hat, — sei es als Mittäter, sei es als Gehilfe (a) — oder daß er das Schmuckstück, wissend, daß es aus einem Diebstahl herrührt, von einem Dritten erworben hat (b).
2. Zwei Richter nehmen an, daß nur a, drei Richter, (weil sie den Alibibeweis für geglückt halten), daß nur b gegeben sei.
3. Zwei Richter sind für a oder b, drei Richter eindeutig für a.
4. Ein Richter ist für a, drei Richter für a oder b, ein Richter für Freispruch.

In allen Fällen ist die erforderliche Mehrheit für schuldig und darum Verurteilung geboten.

---

59) Siehe oben Teil I, S. 13 f.
60) Vgl. Anker S. 46; A. Ansicht Nüse, Abhandl. S. 3, Schwabe S. 78 ff.

Im Falle 1 ist A, da die Mehrheit der Richter (4) sich in jeder Beziehung einig ist, wegen Beihilfe[61]) zum schweren Diebstahl oder Hehlerei zu verurteilen. Dieselbe Entscheidung wäre zu fällen, wenn der fünfte Richter statt für Freispruch die eindeutige Überzeugung erlangt hätte, es liege Hehlerei vor, oder die Überzeugung, es sei weder Diebstahl (a) noch Hehlerei (b), sondern Begünstigung (c) gegeben. Wofür auch der fünfte Richter stimmt, immer ist das Ergebnis: Verurteilung wegen a oder b.

Die Fälle 2—4 weisen die Besonderheit auf, daß keine Zweidrittel-Mehrheit von gleichen Stimmen besteht. Man könnte daher der Ansicht sein, daß hier die Abstimmung als erfolglos anzusehen wäre und nun der Vorsitzende neu zu fragen hätte, ob der Angeklagte schuldig sei, „entweder Beihilfe zum schweren Diebstahl oder Hehlerei" begangen zu haben. Niethammer[62]) hält diese neue Befragung für nötig. Hiergegen wendet sich mit Recht Zeiler[63]), indem er ausführt, daß aus dem Wesen einer Verurteilung auf wahldeutiger Grundlage sich mit Denknotwendigkeit ergebe, daß mit der Beantwortung der ersten Frage [also mit 2 Stimmen für Diebstahl und 3 Stimmen für Hehlerei (Fall 2); mit 2 Stimmen für Diebstahl oder Hehlerei und 3 Stimmen für Diebstahl (Fall 3 usw.)] die Entscheidung klar, zweifelsfrei und endgültig gefallen sei. Denn jeder einzelne der fünf Richter (im Fall 4 jeder einzelne der 4 Richter) verneine damit klar die Unschuld des Angeklagten und das Vorliegen eines weiteren, eines dritten Verbrechens (z. B. in unseren Fällen Begünstigung!). Demnach gebe es, wenn 3 Richter für a und 2 Richter für b stimmen, nur die Wahl „a oder b" und diese Wahlfeststellung sei nun als solche eindeutig getroffen. Sehr hübsch und treffend vergleicht Zeiler die Urteilsvorgänge im Ratsgericht mit denen beim Einzelrichter: Dem Einzelrichter mögen die einen Umstände für Diebstahl, die anderen für Hehlerei sprechen; dann muß er heute auf Grund wahlweiser Feststellung verurteilen. Nicht anders sei es im Ratsgericht. Hier vollziehe sich die Zwiespältigkeit der Meinungen möglicherweise nicht im Hirn des einen, sondern es könne sein, daß bei einem oder einem Teil der Richter die für Diebstahl sprechenden Gründe zur vollen Überzeugung ausreichten, und daß bei dem anderen Richter ebenso eine volle Überzeugung für Hehlerei entstehe. Dann aber müsse, wie dort beim Einzelrichter, das Ergebnis, das Urteil des hier urteilenden „Richters" (= das Ratsgericht) dahin verstanden werden und lauten, der Angeklagte werde „wegen Diebstahl oder Hehlerei" verurteilt.

Den Darlegungen Zeilers, die auf der Erkenntnis beruhen, daß das Gericht in seiner Gesamtheit das Urteil fällt, können wir nur zustimmen. Es ist daher in den oben genannten Fällen 1—4 A jedes Mal wegen Beihilfe zum schweren Diebstahl oder wegen Hehlerei auf Grund § 2b zu verurteilen, denn das Gericht in seiner Gesamtheit ist in allen Fällen davon überzeugt, daß der Angeklagte sich entweder an dem Einbruchsdieb-

---

61) Zwischen Mittäterschaft und Teilnahme ist eine Wahlfeststellung unzulässig; daher nur Beihilfe. Siehe oben S. 28.

62) In DRZ. 1934, S. 169.

63) in Deutsche Justiz 1934, S. 907/8. Siehe auch Zeiler in DRZ. 1914, Spalte 576/7.

stahl schuldhaft beteiligt oder die gestohlenen Schmuckstücke vitiös erworben hat[64]). Nur über die individuelle Beschaffenheit der verübten Tat ist das Gericht — (wiederum in seiner Gesamtheit) — im Zweifel, und darum wird die Tat des Angeklagten durch das Gericht — (nicht durch die einzelnen abstimmenden Richter) — alternativ festgestellt.

4. Urteilstenor.

Davon, wie die Urteilsformel im Falle einer Verurteilung auf Grund § 2b zu lauten hat, war bereits im vorigen Abschnitt die Rede. Auch haben wir dort gesehen, weshalb der Gesetzgeber sich zugunsten einer eindeutigen Fassung der Urteilsformel entschieden hat und welche Folgerungen zu Unrecht aus der Eindeutigkeit des Schuldspruchs im Schrifttum gezogen worden sind. An dieser Stelle wollen wir nun im Zusammenhang die Bedenken äußern, die sich gegen die in § 267b Abs. 1 StPO. getroffene Regelung erheben.

Hierbei gilt es zunächst, sich der Bedeutung der Urteilsformel bewußt zu werden. Die Urteilsformel stellt den entscheidenden Teil des Urteils dar, sie enthält die Entscheidung des Strafverfahrens. „Hauptaufgabe des Strafverfahrens ist die Feststellung der durch den Angeklagten begangenen Missetat“ [65]). Die Schuldigsprechung des Angeklagten, die Feststellung, welche Straftat er schuldhaft begangen hat, ist nicht etwa minder wichtig als die Auswerfung der Strafe[66]). Anders als die Tatbestandsfeststellung in Zivilurteilen ist die Feststellung des begangenen Verbrechens im verurteilenden Straferkenntnis eine für sich allein bestehende und selbständige Feststellung und bildet als solche einen selbständigen Bestandteil der richterlichen Entscheidung, ist also nicht nur Grund der Rechtsfolge, wie die Tatbestandsfeststellung im Zivilurteil. Deshalb gehört die Tatbestandsfeststellung im Zivilprozeß — (wo nur über die Rechtsfolge im Urteil entschieden wird) — in die Urteilsgründe, die Tatbestandsfeststellung im Strafprozeß — (der Schuldspruch) — dagegen neben die Anordnung der Rechtsfolge, (den Strafausspruch), in die Urteilsformel als den Teil des Urteils, der die richterliche Entscheidung enthält.

Dessen ungeachtet verweist der neue Gesetzgeber im Falle einer Verurteilung auf Grund § 2b die Tatbestandsfeststellung, den „wahren Schuldspruch“ in die Urteilsgründe[67]) und drückt ihn damit zu einem „bloßen Titel für den Strafausspruch“ herab[68]). Denn die Entscheidung in der

---

64) Und jede andere Möglichkeit (z. B. Begünstigung, Fundunterschlagung, Erpressung) ausscheidet!

65) Binding, Abhandl. II S. 308; siehe ferner oben S. 5!

66) Vergl. Lobe in GS. 104, S. 171.

67) Friedrich Schwarz, (S. 81) meint: § 267b Abs. 1 StPO. verweise einen Teil des Schuldspruchs in die Urteilsgründe. Dies halte ich nicht für richtig. Die eindeutige Feststellung, daß der Verurteilte des Deliktes a schuldig ist, ist nicht ein Teil der wahldeutigen Feststellung, daß er entweder das Delikt a oder das Delikt b begangen hat. Der eindeutige Schuldspruch in der Formel des Wahlurteils ist nicht teilweise wahr, teilweise unwahr, sondern völlig unwahr. Denn, daß der Verurteilte das mildere Delikt begangen hat, wie die Formel vorgibt, ist gerade nicht festgestellt.

68) Vgl. Hellmuth Mayer, in JW. 1934, S. 297.

Urteilsformel, die eindeutige Feststellung des milderen Tatbestandes ist ja nichts weiter als eine Fiktion[69]).

Die Ziele, die der Gesetzgeber mit dieser Regelung verfolgte, kennen wir bereits: Einerseits sollte die Eindrucksgewalt des Urteils erhalten, und andererseits der Verurteilte vor einer ungerechtfertigten Bloßstellung geschützt werden. Keinen dieser Vorteile hat jedoch der Gesetzgeber wirklich erreicht. Daß der Verurteilte auch bei eindeutiger Fassung des Urteilstenors nicht davor geschützt wird, wegen der schwereren Straftat in Verruf zu kommen, haben wir an anderer Stelle bereits dargetan[70]).

Was die Eindrucksgewalt des wahlweisen Urteils betrifft, so fragt es sich doch sehr, ob sie wirklich durch die eindeutige Formel erhöht wird. Denn es darf nicht übersehen werden, daß die „Sicherheit und Wucht des Richterspruches hierbei nur vorgetäuscht" ist[71]). Dies wird zunächst der Angeklagte merken, wenn das Gericht ihn gerade der falschen Tat schuldig gesprochen hat. Auf ihn wird also in diesen Fällen die Eindeutigkeit der Urteilsformel wohl sicherlich keinen Eindruck machen. Und in den Köpfen der Zuhörer kann leicht eine Verwirrung eintreten, wenn sie bei der Urteilsverkündung zu hören bekommen, daß nicht festgestellt werden konnte, ob der Angeklagte das Delikt begangen hat, dessen er soeben schuldig gesprochen wurde. Es ist durchaus zutreffend, wenn Graf zu Dohna[72]) sagt: „Dem Verständnis des Laien, das in dem Streite um die Zulassung der Wahlfeststellung so häufig angerufen worden ist, dürften Entscheidungen, die in der Formel den Angeklagten eindeutig eines sittlich anstößigen Deliktes schuldig erklären, obwohl nicht festgestellt werden konnte, ob er es wirklich begangen hat, zu allerletzt nahegebracht werden." — Sollte sich aber die Umwelt wirklich nur an den eindeutigen Tenor halten, so ist in vielen Fällen der erregte Eindruck eben doch ein unrichtiger, wenn auch bestimmter. Ist es aber nicht besser, wenn das Publikum einen zwar unbestimmten[73]), aber dafür einen richtigen und wahrhaftigen Eindruck durch den Schuldspruch erhält?

Geradezu peinlich aber wird der Eindruck sein, wenn das Gericht genötigt war, den wegen Diebstahls mehrfach vorbestraften Haupttäter eindeutig wegen Betruges zu verurteilen, den wegen Betruges vorbestraften Anstifter eindeutig wegen Anstiftung zum Diebstahl. Ein solches Urteil wird dem Laien vollkommen unverständlich sein. Niethammer[74]) meint zu diesem Fall: „Solche mißlichen Folgen der Wahlfeststellung — (richtiger: „der in § 267b getroffenen Regelung!") — sind tunlichst zu vermeiden"; aber wie der gesetzestreue Richter hier anders soll verfahren können, verrät er uns nicht.

So sehen wir, daß der Gesetzgeber die mit der eindeutigen Fassung des Schuldspruchs verfolgten Ziele, wenn überhaupt, so nur zum kleineren Teile

---

69) siehe oben S. 67 ff.
70) siehe oben S. 58 f.
71) Vergl. Zeiler in Deutsche Justiz 1936, S. 640.
72) ZStW. 55, 581.
73) Die Unbestimmtheit des Schuldspruchs ist allerdings für die Allgemeinheit ein Nachteil, wie F. Schwarz, S. 85 zutreffend ausführt. Dieses Übel, das § 267b ausschaltet, muß jedoch im Interesse der Wahrhaftigkeit der Strafrechtspflege als das kleinere in Kauf genommen werden.
74) in Olshausen, Ergänz. Bd. S. 31.

erreicht hat[75]). Dann aber besteht kein zureichender Grund dafür, den wahren, wahlweisen Schuldspruch, der in die Urteilsformel gehört, in die Gründe zu verweisen, und den Richter dazu zu zwingen, bei Abfassung des Schuldspruchs in der Formel zu einer Fiktion zu greifen, die der Bedeutung des Schuldspruchs in keiner Weise gerecht wird.

5. Rechtsmittel.

Hier fragt es sich vor allem, ob die in den Urteilsgründen ausgesprochene Möglichkeit eines schwereren Delikts eine Beschwer im Sinne der Rechtsmittellehre bildet. Zu dieser Frage haben bisher nur Friedrich Schwarz[76]) und Graf zu Dohna[77]) Stellung genommen. Sie wird zu Unrecht von Schwarz verneint und mit Recht von Graf zu Dohna bejaht.

Keinem Zweifel unterliegt es, daß die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit hat, das Urteil mit dem Ziel anzufechten, eine eindeutige Verurteilung wegen der schwereren Straftat zu erreichen. — Wie aber ist die Sachlage zu beurteilen, wenn z. B. in der Revision zur Begründung vorgetragen wird, der Richter habe zu Unrecht das mildeste Gesetz nicht eindeutig angewendet? Hier könnte man mit F. Schwarz (S. 55) der Meinung sein, daß in diesen Fällen die Revision unzulässigerweise nur auf die Gründe beschränkt wäre, — (da ja die Urteilsformel bei einer eindeutigen Verurteilung genau so lautet, wie im Falle der Verurteilung auf Grund § 2b) —, und daß deshalb die Revision als unzulässig verworfen werden müsse. Ich halte dies darum nicht für richtig, weil in der Feststellung, daß möglicherweise ein schwereres, (unter Umständen sehr viel schwereres), Delikt vorliegt, eine Beschwer für den Verurteilten in tatsächlicher Beziehung jedenfalls liegt, obschon jene Feststellung nicht in der Urteilsformel, sondern lediglich in den Gründen getroffen ist. Denn ungeachtet dessen, bildet sie in Wahrheit einen Teil der richterlichen Entscheidung (den wahren Schuldspruch) und ist nicht etwa nur Begründung der Entscheidung. Demgegenüber fällt es nicht ins Gewicht, daß dieser Teil der Entscheidung aus besonderen Gründen nicht in der Urteilsformel, sondern in den Urteilsgründen ausgesprochen ist. — Daß unsere Lösung jedenfalls im Ergebnis den Vorzug verdient, gibt auch Schwarz ohne weiteres zu. Es ist klar, daß dem auf Grund § 2b Verurteilten die Möglichkeit gegeben werden muß, den ungerechtfertigt auf ihm lastenden „öffentlich bescheinigten Verdacht" im Rechtsmittelwege zu beseitigen. Daß diese Möglichkeit nur bei einer wahlweisen Fassung der Urteilsformel bestehe, wie Schwarz (S. 90) meint, trifft meines Erachtens nicht zu. — Auch eine Wiederaufnahme des Verfahrens, die lediglich eine eindeutige Feststellung des mildesten Gesetzes zum Ziele hat, halte ich für zulässig. Denn auch dies würde eine Änderung des Urteils in seinem entscheidenden Teil bedeuten.

---

75) Vgl. hierzu vor allem die sehr eingehenden und überzeugenden Ausführungen bei Friedrich Schwarz S. 80 ff.
76) S. 54 f.
77) in ZStW. Bd. 55, S. 588

LEBENSLAUF.

Am 4. März 1907 wurde ich in Tübingen als Sohn des Chemikers Dr. Fritz Klatte und seiner Ehefrau Cäcilie, geb. Skutetzky geboren. Ich besuchte zunächst, von Ostern 1913 bis Ostern 1916, die Volksschule in Schwanheim am Main, sodann das Kaiser-Wilhelmsgymnasium und schließlich, von Ostern 1921 bis Ostern 1925, das Reformrealgymnasium „Musterschule" in Frankfurt am Main.

Nach bestandener Reifeprüfung war ich zwei Jahre als Lehrling bei der „Deutschen Effekten- und Wechselbank" in Frankfurt-Main tätig. Danach widmete ich mich meinen Neigungen entsprechend dem Studium der Rechtswissenschaften. Die drei ersten Semester studierte ich in Frankfurt am Main, die beiden folgenden in Berlin und die letzten wieder in Frankfurt. Im Dezember 1931 bestand ich vor dem Oberlandesgericht in Frankfurt-Main die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat „gut". — Die Doktorprüfung legte ich am 22. Februar 1937 mit dem Prädikat „magna cum laude" ab. —

Gerhard Klatte.